العقد الالكتروني

تأليف الدكتور

ماجد محمد سليمان أبا الخيل



العقد الإلكتروني

تأليف الدكتور
ماجد محمد سليمان أبا الخيل

مكتبة الرشد
ناشرون

ح مكتبة الرشد ١٤٢٩هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

أبا الخيل ، ماجد محمد سليمان

العقد الالكتروني : / ماجد محمد سليمان أبا الخيل - الرياض ١٤٢٨

١-التجارة الالكترونية - قوانين وتشريعات ٢- العقود التجارية -قوانين وتشريعات

أ. العنوان

ردمك ٠- ٧٢٨- ٠١- ٩٩٦٠- ٩٧٨

ديوى ٩٩٩ . ٣٤٣ رقم الإيداع ٧٦٣٦/ ١٤٢٨

ردمك ٠- ٧٢٨- ٠١-٩٩٦٠-٩٧٨ رقم الإيداع ١٤٢٨/٧٦٣٦

الطبعة الأولي تاريخ : ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩م

مكتبة الرشد – ناشرون

المملكة العربية السعودية – الرياض

الإدارة : مركز البستان – طريق الملك فهد هاتف ٤٦٠٢٥٩٠

ص ٠ ب ١٧٥٢٢الرياض ١١٤٩٤ هاتف ٤٥٩٣٤٥١ – فاكس ٤٥٧٣٣٨١

Email: rushd@rushd.com
Website : www.rushd.com

فروع المكتبة داخل المملكة

الرياض :المركز الرئيسي : الدائري الغربي - بين مخرجي ٢٧ و٢٨ هاتف ٤٣٢٩٣٣٢

الرياض : فرع طريق عثمان بن عفان هاتف ٢٢٥٣٠٥٢

الرياض : فرع الدائري الشرقي هاتف ٤٩٧١١٩٩ فاكس ٤٩٦١٥٩٩

فرع مكة المكرمة : شارع الطائف هاتف ٥٥٨٥٤٠١ فاكس ٥٥٨٣٥٠٦

فرع المدينة المنورة : شارع أبي ذر الغفاري هاتف ٨٣٤٠٦٠٠ فاكس ٨٣٨٣٤٢٧

فرع جدة : مقابل ميدان الطائرة هاتف ٦٧٧٦٣٣١ فاكس ٦٧٧٦٣٥٤

فرع القصيم : بريده – طريق المدينة هاتف ٣٢٤٢٢١٤ فاكس ٣٢٤١٣٥٨

فرع أبها : شارع الملك فيصل هاتف ٣٢١٧٣٠٧ فاكس ٢٢٤٢٤٠٢

فرع الدمام : شارع الخزان هاتف ٨١٥٠٥٥٦ فاكس ٨٤١٨٤٧٣

فرع حائل : هاتف ٥٣٢٢٢٤٦ فاكس ٥٦٦٢٢٤٦

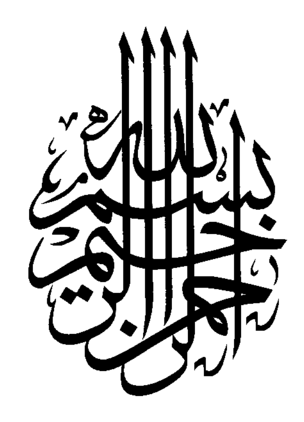
فرع الإحساء : هاتف ٥٨١٣٠٢٨ فاكس ٥٨١٣١١٥

فرع : تبوك هاتف ٤٢٤١٦٤٠ فاكس ٤٢٣٨٩٢٧

مكاتبنا بالخارج

القاهرة : مدينة نصر : هاتف ٢٧٤٤٦٠٥- موبايل ٠١١٦٢٨٦١٧٠

بيروت : بئر حسن موبايل ٠٣٥٥٤٣٥٣ تلفاكس ٠٥/٤٦٢٨٩٥



الاهداء

إلى من غرس في ذاتي ديمومة الطموح والاعتماد على الله ثم على النفس .

إلى من نقش في صدري حب العلم والعطاء والأنفة وعلو الهامة وتحدي الذات للوصول إلى المبتغى والمرام . . أبي رحمه الله وأسكنه الفردوس الأعلى من الجنة . . . نهر وفاء مني له .

إلى والدتي الفاضلة الملكة هياء أمدنا الله في عمرها ومتّعها بالصحة والعافية .

إلى زوجتي الغالية هدى التي ضحت في وقتها وجهدها ووقفت إلى جانبي منذ بداية هذا العمل حتى منتهاه .

إلى أولادي يارا محمد عبد الله يافا ، الذين طالما حُرموا متعة الخروج والنزهة لانشغالي عنهم بالدراسة والبحث .

إلى كل من ساندني وقدَّم لي الدعم والمؤازرة وأنار لي دروب المعرفة ومسالكها .

إلى الجميع أهدي إنتاجي العلمي

المؤلف ،،

العقد الإلكتروني

«مفهومه – تطوره – خصائصه – أركانه – وسائل إثباته»

المقدمة:

﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[1] صدق الله العظيم.

الحمد لله رب العالمين، مالك يوم الدين، والصلاة والسلام على السراج المنير وصلى اللهم وسلم على سيدنا محمد × النبي العربي الأمين الذي بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح الأمة، وتركنا على المحجة البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلا هالك... وبعد:

إن التطور التكنولوجي السريع والمذهل الذي نعيشه الآن، والذي يطلق عليه ثورة المعلومات أدى إلى ظهور وسائل وأساليب جديدة لإبرام العقود لم تكن معروفة من قبل، وهذه الوسائل وتلك الأساليب تطورت وما زالت تتطور وستطور في المستقبل وبمرور الزمن، ومن أهم هذه الوسائل بل وأهمها على الإطلاق هو موضوع: «التعاقد الإلكتروني» الذي ظهر واشتهر بميلاد التجارة الإلكترونية، حيث تغيرت المفاهيم السائدة في المعاملات المدنية والتجارية وكذلك نُظم وطرق الإثبات وذلك بما يواكب ما يسود العالم في الحاضر من تقدم تقني وفني هائل في مجال الثورة المعلوماتية، وكذلك لمواكبة الأنظمة العالمية والمتغيرات الإقتصادية التي سيد شنها العالم بأسرِّه في اتفاقية التجارة الحرة التي يستعد لها القاصي والداني في جميع أرجاء المعمورة، والتي بمقتضاها ستكون هناك ضرورة مُلحة لعقد الصفقات وإبرام العقود في أقصى وقت ممكن، ولن يتم ذلك إلا عن طريق وسائل الإتصال الحديثة عبر شبكة المعلومات العالمية «الإنترنت» بهدف تسهيل عمليات التبادل التجاري، وانسياب حركة التجارة في سهولة ويُسر دونما تعقيد أو معوقات أو تأجيل حتى يلتقي طرفي التعاقد وما يصحبه من سفر وإنتقال وإقامة وخلافه من إهدار الوقت والإجتماعات. لذا فلا مناص من التعاقد الإلكتروني مستقبلاً.

---

(١) المائدة: آية رقم (١).

أولاً: مشكلة البحث:

العقد الإلكتروني يتطلب توافر أركان معينة كالإيجاب والقبول مثله مثل العقد العادي لذلك يثور بعض الخلافات حول مكان التعاقد، ومجلس العقد، كما تثور بعض الإشكالات القانونية حول تسليم المبيع وضوابط معاينته، والإشكالات الكبرى التي تثور حول وسائل الإثبات وحجيتها ونطاقها، لذا سأحاول بيان هذه الإشكالات، مع توضيح الحلول والقواعد المنظمة لتلك الحلول خلال بحثي هذا حيث وضُعت بعض الاتفاقيات الدولية والإقليمية والمحلية تُنظم عملية التعاقد عبر الوسائل الالكترونية الحديثة.

ثانيًا: فرضيات (تساؤلات) البحث:

هناك تساؤل رئيسي لتلك الدراسة وهو ما مفهوم التعاقد الإلكتروني؟ ويتفرع من هذا التساؤل الرئيسي بعض التساؤلات الفرعية الأخرى على النحو التالي:

- ما خصائص العقد الإلكتروني؟
- ما هي أركان العقد الإلكتروني؟
- ما وسائل الإثبات في العقد الإلكتروني؟
- ما حجية وسائل الإثبات في العقد الإلكتروني؟
- ما نطاق حجية وسائل الإثبات في العقود الإلكترونية؟

ثالثًا: أسباب اختيار البحث:

يرجع أسباب اختيار موضوع العقد الإلكتروني إلى أنه من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون التجاري، ومن الناحية العملية فيرجع سبب اختيار هذا الموضوع نظرًا لإنتشار هذا النوع من العقود مع التقدم التكنولوجي في مجال المعلومات على مستوى العالم، ونظرًا لعدم إلتقاء أطراف التعاقد في مجلس واحد، وتأخر أو عدم تزامن الإيجاب والقبول مع بعضهما، فإن هناك بعض المشاكل قد تثور حول هذه الجزئيات، كما أن هناك بعض الخلافات قد تنشأ بين المتعاقدين بسبب عدم معاينة أو فحص المشتري للسلعة محل التعاقد قبل إبرام العقد معاينة نافية للجهالة حتى لا تتعرض الصفقة إلى البطلان لعيب من

عيوب الإرادة متعلق بالسلعة المشتراه كالغبن أو الغش أو التدليس، وأخيرًا فإن هناك سببًا هامًا من أسباب إختياري لهذا الموضوع وهو ما يتعلق بطرق الإثبات في العقود الإلكترونية وحجيتها.

رابعًا: طريقة البحث:

ينقسم البحث إلى خمسة فصول، يحتوي الأول منها على ثلاث مباحث، والثاني على ثلاث مباحث، والثالث أيضًا يحتوي على ثلاث مباحث، أما الرابع فيحتوي على مبحثين فقط، بينما الفصل الخامس والأخير فيحتوي على ثلاث مباحث ويتبع تلك الفصول الخمس خاتمة تضم في طياقا أهم النتائج والتوصيات الخاصة بالبحث ثم تنظيم قائمتين في نهاية الفصول والخاتمة إحداهما خاصة بمصادر الدراسة، بينما القائمة الأخرى خاصة بقائمة المحتوى (فهرس) البحث.

خامسًا: منهجية البحث:

هذا البحث يُستخدم فيه المنهج الموضوعي والذي يعتمد في ذلك على:

١ – مصادر علماء القانون وشرّاحه.

٢ – الدراسات السابقة في مجال العقود الإلكترونية والتجارة عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة.

٣ – النُظم والقوانين الوضعية، وبعض مصادر التشريع كالعُرف والعادة.

٤ – الإتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية حول التجارة الالكترونية الحديثة.

سادسًا: الدراسات السابقة:

١ - دراسة العجلوني (٢٠٠٢م): «بعنوان التعاقد عن طريق الإنترنت» «دراسة مقارنة»، وقُدمت من الباحث للحصول على درجة الماجستير في القانون، وجاءت الرسالة في ١٣١ صفحة من الحجم العادي، وتتألف من مقدمة وفصل تمهيدي بعنوان الأبعاد الفنية والتعاقدية لشبكة الإنترنت ويندرج أسفله مبحثين يحتوي كل مبحث على عدد من المطالب، والفصل الأول بعنوان التعبير عن الإرادة، ويندرج أسفله مبحثين كل مبحث يشتمل على

مطلبين، أما الفصل الثاني بعنوان تلاقي الإرادتين وتطابقهما ويندرج أسفله ثلاث مباحث، وأخيرًا الفصل الثالث بعنوان المراحل السابقة والحالات الخاصة في التعاقد، ويندرج أسفله مبحثين وكل مبحث يشتمل على عدد من المطالب ثم أدرج البحث في نهاية رسالته الخاتمة التي اشتملت على النتائج التالية:

١ – القانون المدني الأردني واليمني وإن لم ينصا صراحة على التعاقد عن طريق الإنترنت فإن القواعد الواردة بهما بشأن التعاقد كافية وتقدم المشروعية الكاملة لهذا النوع الحديث من التعاقد.

٢ – أن الكمبيوتر والأجهزة الملحقة به والبرامج والبروتوكولات اللازمة للتعاقد عن طريق الإنترنت هو وسيلة حديثة وليس أكثر، وأداة لِيُعبر الإنسان من خلالها عن الإيجاب والقبول، وكما كان القلم والهاتف وسائل جديدة للتعبير فإن جهاز الكمبيوتر لا يتعداهما سوى بالتقنية الحديثة.

٣ – إن شبكة الإنترنت – وإن كانت مجرد وسيلة – إلا أنها وضعت نموذجًا جديدًا لمجلس العقد ذلك أنه يمكن إفتراض وتخيل (مجلس العقد) بين غائبين وفي أمكنة مختلفة وكأنه تعاقد بين حاضرين وذلك من خلال تكنولوجيا المحادثة والمشافهة عبر شبكة الإنترنت فكأنما العقد قد تم بين حاضرين.

٤ – التأكيد على أهمية المرحلة التمهيدية من مفاوضات ووعد بالتعاقد، والعقد الإبتدائي والتعاقد بالعربون ذلك أن هذه المرحلة إذا أصبحت أساسية في العقد وكأنها وحدة واحدة مع العقد فإن الأفراد سيتشجعون على التعاقد عن طريق الإنترنت لما يوفره ذلك من طمأنينة، وتؤكد خاصة على العقد الابتدائي المُلزم للموجب والموجب إليه.

٥ – تكشف لنا التطبيقات العملية العديد من العقود تختلف في مظهرها عن العقود التقليدية في القواعد العامة مثل التعاقد عن طريق الإنترنت والعقود النموذجية في التجارة الدولية، وعقود التكنولوجيا ذات التقنية العالية وهذه العقود مهما اختلفت تقسيماتها وأشكالها ومسمياتها تتحد في أنها عقود رضائية في الأصل حيث تقوم على قواعد مشتركة من حيث إنعقادها وأن مصدرها الوحيد هو الإرادة.

٦ – إن الخلاف حول مكان وزمان إنعقاد العقد بين غائبين بدأ ينحسر لأن الدول بدأت تسعى إلى توحيد تشريعاتها المدنية عن طريق الإتفاقيات الدولية وبالتالي فإن البحث عن

القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بدأ ينحسر وخير دليل صدور القانون النموذجي المصحوب بدليل للتشريع والمُعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للعام ١٩٩٦م، وكذلك توحيد الأعراف التعاقدية من خلال التجارة الدولية والعقود الدولية خاصة في مجال التأمين والنقل والتجارة.

بينما استخلص الباحث التوصيات التالية:

ذهب إلى أن القول بأن القواعد العامة في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني يمكن من خلالها إعطاء مشروعية التعاقد عن طريق الإنترنت إلا أن هذا لا يعني عدم ضرورة تدخل المُشْرِع، وإيجاد بعض النصوص القانونية التي تتلائم مع الطبيعة الخاصة لهذا النوع الحديث من التعاقد وعلى ذلك أوصى الباحث بالآتي. مع إقتراح إضافة النصوص الآتية:

١ – العقد الإلكتروني هو (الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل الكترونية كليًا أو جزئيًا أصالة أو نيابة).

٢ – التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني كأنه تم بين غائبين فيما يتعلق بالزمان والمكان في حالة وجود فاصل زمني بين صدور القبول والإيجاب.

٣ – التعاقد عن طريق الإنترنت كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان والمكان في حالة عدم وجود فاصل زمني بين صدور القبول والإيجاب وكذلك في حالة المشاهدة والمحادثة المباشرين.

٤ – تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونًا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد التعاقد.

٥ – يتم التعاقد عن طريق الإنترنت في حالة الإتصال الفوري في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب رد المقابل، أما فيما يتعلق بمكان إنعقاد العقد فإنه يتم في المكان الذي صدر فيه القبول المطابق للإيجاب ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

سابعًا: الإطار النظري للبحث:

الباب الأول

العقد الإلكتروني ماهيته وتكوينه

الفصل الأول: مفهوم العقد الإلكتروني، وتطوره، ووسائله.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: تطور العقد الإلكتروني.

المبحث الثالث: وسائل التعاقد الإلكتروني.

الفصل الثاني: خصائص العقد الإلكتروني:

المبحث الأول: عدم وجود علاقة مباشرة بين أطراف العقد.

المبحث الثاني: وجود الوسيط الإلكتروني.

المبحث الثالث: السرعة في إنجاز الأعمال.

الفصل الثالث: أركان العقد الإلكتروني:

المبحث الأول: الإيجاب في العقود الإلكترونية.

المبحث الثاني: القبول الإلكتروني.

المبحث الثالث: مجلس التعاقد الإلكتروني.

الفصل الرابع: التسليم والتسلم في العقد الإلكتروني.

المبحث الأول: تسليم المبيع في العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: تسليم الثمن في العقد الإلكتروني.

الباب الثاني

إثبات العقد الإلكتروني وحل النـــزاع

الفصل الأول: وسائل الإثبات وحجيتها في العقود الإلكترونية.

المبحث الأول: التوقيع والكتابة الإلكترونية.

المبحث الثاني: حُجية الكتابة والتوقيع في العقود الإلكترونية.

المبحث الثالث: نطاق حُجية وسائل الإثبات الإلكترونية.

الفصل الثاني: حل النـــزاع في العقود الإلكترونية.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية.

المبحث الثاني: التحكيم الإلكتروني.

الخاتمة.

النتائج.

التوصيات.

الباب الأول

العقد الإلكتروني

ماهيته وتكوينه

الباب الأول

العقد الإلكتروني ماهيته وتكوينه

الفصل الأول

مفهوم العقد الإلكتروني، وتطوره، ووسائله

في سياق تكوين العقود ومالم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول ذلك العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض.

لذلك سيتم بيان ماهية العقد الإلكتروني، وتطوره، ثم بيان وسائله على النحو التالي:

المبحث الأول

مفهوم التعاقد الالكتروني

رغم استخدام تعبير التعاقد الإلكتروني كثيرًا في مداولاته لم يضع الفريق العامل تعريفًا له، «ويظهر ذلك من مداولات فريق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في الدورة الثانية والثلاثين والتي عُقدت عام ١٩٩٩م لوضع عدة مقترحات بشأن الأعمال التي يمكن النهوض بها مستقبلاً في مجال التجارة الإلكترونية»(١). ومع ذلك ذهب هذا الفريق إلى أن تعبير التعاقد الإلكتروني يستخدم للإشارة إلى تكوين العقود عن طريق الاتصالات الإلكترونية أو رسائل البيانات بالمعنى الوارد في الفقرة الفرعية (أ) من المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وهذا المفهوم لتعبير التعاقد الإلكتروني يتناسب أيضًا مع المعنى المقصود في الكتابات القانونية، والواقع أن التعاقد الإلكتروني يُعد أسلوب لإبرام الإتفاقيات لا مجموعة فرعية تستند إلى موضوع خاص.

وذهب البعض إلى أن العقد الإلكتروني هو: «الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل

---

(١) الجنبيهي، منير وممدوح: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، (د. ت)، ص١٢٢.

الكترونية كليًا أو جزئيًا»[1].

وهناك من ذهب إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه هو: «ذلك الذي يتم إبرامه عبر شبكة الأنترنت. فهو عقد عادي إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها حيث ينشأ العقد من تلاقي القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بُعد»[2]. ويعيب هذا التعريف أنه قصر التعاقد الإلكتروني على وسيلة واحدة وهي الإنترنت وتجاهل الوسائل الأخرى.

وعرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي – أنيسترال – في ١٦ ديسمبر ١٩٩٦م، وكذلك البرلمان والمجلس الأوروبي – في الإتحاد الأوروبي – رقم ٢٧/٩٧ والصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ باسم التعاقد عن بعد، وجاء في المادة الثانية من هذا التوجيه بأنه العقد عن بُعد هو «كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أبرُم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بُعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد فقط، تقنية أو أكثر للإتصال عن بُعد لإبرام العقد وتنفيذه».

كما عرفته تقنية الإتصال عن بُعد بأنه «كل وسيلة دون وجود مادي ولحظي للمورد أو المستهلك، يمكن أن تُستخدم لإبرام العقد بين طرفيه»[3].

ويعيب هذين التعريفين عدم الشمولية والقصور، حيث قصرا التعاقد الإلكتروني على مجالات معينة مثل البضائع والخدمات، والمنتج والمستهلك، رغم أن هناك نطاق فسيح جدًا للتعاقد الإلكتروني مثله مثل التعاقد العادي تمامًا.

كما أنه هناك تعريف تنظيمي مفاده أن التعاقد الالكتروني هو «كل شكل من أشكال الإتصال يستهدف تسويق – بصورة مباشرة أو غير مباشرة – بضائع أو خدمات أو صورة مشروعة أو منظمة أو شخص يباشر نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو يقوم بمهنة

(١) قانون المعاملات الالكترونية الأردني.

(٢) الرومي، محمد أمين: التعاقد الالكتروني عبر الإنترنت، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤م، ص٤٨.

(٣) رمضان، مدحت عبد الحليم: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص٢٤.

منظمة»[١].

كما أن هناك تعريف يذهب إلى أن التعاقد الالكتروني هو: «كل استعمال لوسيلة من وسائل الإتصال الإلكترونية لتجارة السلع والخدمات. باستثناء العقود المبرمة بطريق إتصال تليفوني شفهي أو بإستخدام التصوير»[٢]. وهذا التعريف يُبسط من مفهوم التجارة الإلكترونية وكذلك بالتعاقد الإلكتروني، لكنه أشار إلى ضرورة التخلي عن المفاهيم التقليدية في القانون تكريسًا لحماية المستهلك، من ذلك أنه تخلى عن مفهوم – المنقول – محل التعامل في التعاقد الإلكتروني نظرًا لأن العقد يُبرم عن طريق الإنترنت وغيره من الوسائل الإلكترونية الأخرى، وهو مترتب عليه تعديل القانون المدني وكذلك القانون التجاري.

هذه هي بعض التعريفات في التشريعات والمنظمات العالمية، ومن الواجب استعراض تعريف التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، وذلك طبقًا للتشريعات التي تناولت هذه الأنواع من العقود كالتشريع التونسي وتشريع إمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، وأيضًا مشروع التجارة الالكترونية في مصر.

ففي مشروع القانون المصري جاء التعاقد الالكتروني بأنه «هو كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية»[٣]. ويعيب هذا التعريف أنه أدمج التعاقد الإلكتروني كتعريف في تعريف التجارة الإلكترونية، ولكنه تميز في اعتبار هذه الوسيلة إنترنت أو غيرها.

وهناك من عرفه بأنه «أي عملية تجارية سواء كان موضوعها سلعة أو خدمة أو أداء عمل يتم عن طريق المبادلات الإلكترونية»[٤] فأي عملية تجارية هي مبادلة ما بين سلعة وثمنها أو خدمة وقيمتها أو أداء عمل والمقابل المالي له شرط أن يتم ذلك بوثيقة إلكترونية، وهي تلك الوثيقة التي أُنشأت أو حُفظت أو تم تداولها عبر الوسائط الإلكترونية ومنها شبكة الإنترنت، مع ملاحظة أن القانون الفرنسي لم يورد حصرًا أو تعريفًا للوسائل الإلكترونية التي يتم عن

---

(١) رمضان، مدحت عبد الحليم: المرجع السابق، ص١٥.

(٢) مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدوقية لكسمبرج، المادة الأولى.

(٣) مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، المادة الأولى.

(٤) مشروع قانون التجارة الإلكترونية التونسي، الفصل الثاني.

طريقها التعاقد عن بُعد[1].

وأيضًا عن تعريف تشريعي عربي يذهب إلى أن التعاقد الالكتروني هو «المعاملات التجارية التي تُباشر بواسطة المراسلات الالكترونية»[2].

كما عُرفت المعاملات الالكترونية بأنها أي تعامل أو عقد أو إتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية[3].

تعريف الفقه للتعاقد الإلكتروني:

أما الفقه فقد ذهب إلى تعريفات متعددة للتعاقد الإلكتروني، لا تختلف كثيرًا عما ذهبت إليه بعض التشريعات الغربية والعربية في هذا المجال، فذهب بعضهم إلى التوسع بينما ذهب البعض الآخر إلى التضييق على النحو التالي:

ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف التعاقد الإلكتروني على أنه «هو التعامل الذي يشتمل على أنواع ثلاثة ومختلفة من الصفقات وهي تقديم خدمات الإنترنت والتسليم الإلكتروني للخدمات أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية، واستخدام الإنترنت كقناة لتوزيع الخدمات، وعن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل إلكتروني»[4].

كما عرفه البعض بأنه «تلك العملية التجارية التي تتم بين طرفين – بائع ومشتري – وتتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، وذلك دون حاجة لانتقال الطرفين أو لقاؤهما، بل يتم التوقيع إلكترونيًا على العقد»[5].

---

(١) حجازي، عبد الفتاح بيومي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، المجلد الأول – شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية – التونسي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤م، ص١٥ وما بعدها.

(٢) قانون إمارة دبي، رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م.

(٣) حجازي، عبد الفتاح بيومي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، الكتاب الثاني، ص٩٥.

(٤) أحمد، إبراهيم: تقرير عن الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر، بحث مُقدم إلى مركز المعلومات ودعم القرار بمجلس الوزراء، مصر.

(٥) حسن، فاروق: البريد الإلكتروني، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٩م، ص٩٠

وعرفه جانب من الفقه كذلك بأنه «عرض المشروع للسلع والخدمات على موقع الإنترنت ليحصل على طلبات العملاء»[1].

وهذان التعريفان قصرا التعاقد الإلكتروني على وسيلة واحدة وهي شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت) رغم تعدد الوسائل المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني.

كما أن هناك دراسة مصرية عن التجارة الالكترونية عرفت التعاقد الإلكتروني بأنه «تنفيذ كل أو بعض المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين مشروع تجاري ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصالات»[2].

وعُرف بأنه «عملية البيع والشراء عبر الشبكات الإلكترونية على المستويين السلعي والخدمي بجانب المعلومات وبرامج الكمبيوتر وأنشطة أخرى تُساعد على الممارسات التجارية»[3].

بينما يرى جانب من الفقه القانوني أن العقد الإلكتروني هو «جميع المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية، وإن كان الغالب أنها تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل، والذي غالبًا ما يكون تاجرًا»[4].

ويُلاحظ أن هذا التعريف حصر وسيلة التعاقد الإلكتروني على وسيلة وحيدة هي التعاقد عن طريق الإنترنت، مع أن شبكة الإنترنت ليست هي الوسيلة الوحيدة للتعاقد، وإنما هي الوسيلة الغالبة في التعاقد الإلكتروني[5].

إن أجهزة الفاكس والتلكس والميناتل التي حاولت فرنسا جعله بديلاً لشبكة الإنترنت، وأيضًا التليفزيون الرقمي والذي سيحدث ثورة في مجال التعاقد والتجارة الالكترونية سوف

---

(١) رمضان، مدحت عبد الحليم: مرجع سابق، ص١٧.

(٢) مجاهد، أسامة: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت بكلية الشريعة والقانون، بجامعة الإمارات في الفترة من ١ – ٣ مايو ٢٠٠٠م، ص٣٦.

(٣) أحمد، مصطفى سعيد: التجارة الإلكترونية في القرن القادم، بحث مقدم للمؤتمر السابع للاقتصاديين الزراعيين بعنوان: (التكنولوجيا والتطور الزراعي، القاهرة، في الفترة من ٢٨ – ٢٩ أغسطس سنة ٢٠٠١م، ص٥٧.

(٤) مجاهد، أسامة: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص٣٤.

(٥) حجازي، عبد الفتاح بيومي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص٤٨.

تجعل التكنولوجيا التي تُعم العالم حاليًا في مجال الإتصالات مجرد شيئًا من الماضي سيتم تذكره فيما بعد.

ولكني أرى أن التعاقد الإلكتروني هو «العقد الذي يتم إنعقاده بوسيلة الكترونية كليًا أو جزئيًا، وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية، أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين».

وجاء الإستناد إلى اختيار هذا التعريف لأنه يشمل جميع الوسائل، وبالتالي يكون عام وواسع فيما يتم توقعه من تقدم تكنولوجي مستقبلي، وهذا يتفق مع مشروع قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ونأمل من جميع التشريعات والمعاملات أن تنص صراحة على الوسائل المستخدمة في التعاقد الإلكتروني على سبيل الحصر لا المثال ولا يعيب في صياغة النصوص عن طريق حصر للوسائل المستخدمة في التعاقد الإلكتروني (لماذا)؟ لإمكانية تعديل هذه الوسائل بمرور الزمن، وإضافة ما يُستجد منها بإستمرار، وهذا شأن جميع النصوص القانونية الوضعية فهي قابلة للإلغاء والتعديل والتبديل لأنها ليست نصوص سماوية، ولا يستطيع كذلك تمييز الفرق بين الوسيلة الإلكترونية والكهربائية للتشابه بينهما.

المبحث الثاني
تطور العقد الإلكتروني

إن الفترة الممتدة بين عامي ١٩٤٧م و١٩٩٣م كان اهتمام الدول باتفاقية الجات قليل وكان أقل بالنسبة للدول العربية حيث لم ينضم إليها سوى خمس دول عربية من أصل عشرين دولة تقريبًا رغم انضمام البلدان العربية لكل من البنك الدولي، وصندوق النقد الدولي، إلا أنها لم تهتم كثيرًا باللحاق بركب إتفاقية الجات، فكانت تلك الاتفاقية غائبة عن الدول العربية قرابة نصف قرن. وكان العالم العربي يتابع مناقشات واتفاقيات الجات التي لم يتم التوصل إليها إلا بعد مخاض عسير ومفاوضات شاقة دون أي حماس يذكر بل حتى دون اهتمام باعتبار أن الجات نفسها لا تعني الكثير بالنسبة لنا، وكانت معرفتنا بها وبأنظمتها متواضعة.

ولكن الدول العربية استيقظت ذات يوم في شهر إبريل عام ١٩٩٤م فإذا باتفاقية الجات تطرق أبوابنا بعنف مستأذنة في الدخول، وأصبحنا بين يوم وليلة أمام تحدي وهو إما أن نكون

ضمن النظام التجاري العالمي الجديد، وإما أن نكون بمعزل عنه؟ [1].

وقد كانت دولة الإمارات العربية المتحدة من أوائل الدول العربية التي انضمت إلى إتفاقية الجات حيث وقعت مع بقية الدول في ١٥ إبريل ١٩٩٤م في مراكش بالمغرب على نتائج جولة أورجواي وأعربت عن قبولها وثيقة أورجواي، ووعدت بتقديم جداول العروض والتنازلات قبل نهاية ذلك العام، وأصبحت الإمارات بذلك عضوًا رسميًا في الجات حتى قبول تقديم الجداول.

واستتبع هذا التطور منذ عام ١٩٤٧م تطور ملحوظ في مجال التعاقد الإلكتروني بواسطة الوسائل المتاحة في كل حقبة زمنية، حتى وصل هذا التطور ذروته مع ظهور شبكة المعلومات العالمية «الإنترنت» في نهاية القرن الماضي.

فقد أصبح في ذمة التاريخ ذلك العصر الذي كانت فيه التجارة تستغرق رحلة الشتاء والصيف وأصبحت الصفقات التجارية رغم ضخامتها في عالم اليوم، تتم الآن في دقائق معدودات عبر بوابة التجارة الإلكترونية في عصر المعلوماتية، لا يكلف ذلك سوى ضغطة زر على جهاز الكمبيوتر[2].

وإن كان الأجداد قد برعوا في البيع والشراء وتضخمت عائداتهم من قوافل تجاراتهم فأحفاد اليوم قد تراجعوا وعجزوا عن المشاركة في التجارة العالمية إلا بالقدر اليسير، كونهم لم يستوعبوا بالقدر الكافي لغة العصر وهي لغة تبادل المعلومات[3]، ولم يتمرسوا على الشكل الجديد من أشكال التجارة، ولا يزالون يتهيبون الدخول بجد في عصر العولمة. سيما وأن المستهلك بصفة عامة لم تتوافر لديه الثقة الكاملة في التسويق الإلكتروني بعيدًا عن المتجر التقليدي الذين يعاين فيه البضاعة ويختار سلعته وهو أمر يرتبط بطبيعة المستهلك.

---

(١) الجعلي، إبراهيم علي: الجات ومنظمة التجارة العالمية – الآثار على دولة الإمارات العربية المتحدة، من إصدارات إدارة الدراسات والبحوث، ديوان ولي العهد، أبو ظبي، الإمارات العربية، ص٥ وما بعدها.

(٢) سرور، محمد شكري: التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك. بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول «الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الإمارات العربية، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٣م، المجلد الأول، ص١٠١.

(٣) إسماعيل، إبراهيم: فجوة في جدار مجتمع المعلوماتية. مقال بجريدة الأهرام المصرية، ٢٩ ديسمبر، ٢٠٠٢م، ص٢٧.

«وقد ساهم إنتعاش التجارة الدولية في الأجهزة الإلكترونية مثل الكمبيوتر وغيره في إنتشار هذه الأجهزة الإلكترونية وتوفرها لدى المستهلكين، الأمر الذي أتاح لهم الفرصة لاستخدام هذه الأجهزة في التجارة الدولية وفي غيرها من الأغراض»[١].

وخلال القرن الأخير من القرن الماضي انتشرت تجارة الأجهزة الكهربائية عامة والإلكترونية خاصة، وساهم إنتشارها في تقدم عادات وتقاليد الشعوب، وذلك أنها صادفت مصلحة المستهلك ورغباته، وذلك لأنه يلمس نتائج وآثار التقدم العلمي والتكنولوجي على حياته الشخصية والعملية، وبتقدم التكنولوجيا تقدمت الصناعة، وتقدمت وسائل الإتصال – المسموعة والمرئية – بين الدول والشعوب الأمر الذي ساعد على معرفة المستهلكين ورغباتهم وذلك عن طريق وسائل الإعلام المختلفة من خلال الإعلانات التي تقدمها عن المنتجات والاختراعات الحديثة وهو ما يدفع الإنسان إلى الرغبة في إقتناء هذه التكنولوجيا الحديثة.

ولم تتطور العقود الإلكترونية كمًا وكيفًا فحسب، فبالإضافة إلى تدفق السلع والخدمات من مختلف الدول المتقدمة إلى المستهلكين في جميع دول العالم، وبالإضافة إلى استخدام أساليب إتصال وتسوق أكبر وأكثر سهولة وضعت تحت يد المستهلك لتوصيله بالبائع، فقد برزت الحاجة جاهدة إلى ضرورة إيجاد تنظيم قانوني يحكم هذه التجارة من حيث كيفية التعاقد وحفظ حقوق المتعاقدين وإثباقما، وكذلك الحماية الجنائية لهذه التجارة والمتعاملين بها.

وهذه الحاجة إلى تنظيم تشريعي للتجارة الإلكترونية بدأت منذ بداية السبعينيات من القرن الماضي حيث كانت التجارة الإلكترونية تعتمد على نظام واسع من التكنولوجيا لتبادل المعلومات إلكترونيًا، وذلك لتسهيل عملية الإتصال بين أطراف المبادلة التجارية واختزال العمليات الورقية، وكذلك اختصار عدد الأفراد المتعاملين.

(ثم بعد ذلك تحولت العديد من الشركات والمؤسسات إلى التجارة الإلكترونية، ولكن ليس إلى التقنية السابقة إنما عن طريق إرسال رسائل (X400) والبريد الإلكتروني e-mail

(١) رمضان، مدحت عبد الحليم: مفهوم التجارة الإلكترونية، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٩ وما بعدها.

وشبكة الإنترنت internet والعمليات التي تتم على الشبكة العنكبوتية «web»)[1].

كما لوحظ أن بعض الشركات والمؤسسات الصغيرة ترى أن التجارة عن طريق «تكنولوجيا الإتصال» فائقة الجودة هي أمر مكلف، لذلك فقد إختارت مستوى تكنولوجي لإتصالاتها ويُناسب نشاطها، حيث اتجه البعض إلى تجارة الشبكات وهي تسهل للمستخدمين تبادل المعلومات داخل الشركة أو المؤسسة، وذلك عبر بوابة آمنة للإنترنت، وتحقق خدمة آمنة خارجية عن طريق استخدام قواعد وبروتوكولات الإنترنت، ويُلاحظ أن تقنية النت تُستخدم حين يكون للمؤسسة شركاء كثيرون، ويتم التبادل حاليًا أو لاحقًا بينهم بطريق «تجارة الشبكات»، حيث سيكون لدى الشركة عمليات متعددة في مواقع كثيرة بالعالم.

(وقد بدأت التجارة الإلكترونية إنتشارها في السنوات الأخيرة من القرن الماضي في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية. وذلك عبر الإنترنت حيث أن كلاً من المتعاقدين يتخذ له موقعًا على الشبكة العالمية (www) للإعلان عن السلع التي يقوم بإنتاجها وذلك لتسويقها والتعاقد عليها حيث يتم الإتصال مباشرة بين الطرفين عن طريق الإنترنت وسداد قيمة السلعة أو الخدمة عن طريق التحويلات البنكية أو بطريق الإئتمان، ويتسلم المستهلك بضاعة متى كان المبيع مادي وقد يتسلمها بالطرق الإلكترونية إذا كانت من البرامج أو القطع الموسيقية أو الصور أو الخدمات كالاستشارات القانونية أو الطبية)[2].

وتشير الإحصاءات والتقديرات إلى نمو مضطرد في حجم التعاقدات الإلكترونية الدولية ففي فرنسا مثلاً أشارت أحد التقارير إلى أن العديد من المشروعات الفرنسية قد تبنت وبسرعة استخدام الإنترنت وذلك بنسبة ٢٤٪ عام ١٩٩٧م مقابل ١٤٪ في عام ١٩٩٦م، وأشار التقرير ذاته أن العدد قد يتضاعف ليصل إلى ٤٨٪ في عام ١٩٩٨م، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد وصلت المبيعات عام ١٩٩٦م مبلغ ٥١٨ مليون دولار مقابل ٥٠ مليون فرنك عن هذا العام، ويتوقع أن تصل هذه الأرقام إلى ٦٥٧٩ مليون دولار في الولايات المتحدة الأمريكية. وتسعة مليارات من الفرنكات الفرنسية في عام (٢٠٠١م)، كما أن هناك إحصائية أخرى تُشير إلى أن نسبة المعاملات زادت عن «ثمانية» مليارات دولار في الولايات المتحدة

(١) حجازي، سهير: التهديدات الإجرامية للتجارة الإلكترونية، الإمارات العربية، بحث مقدم لمركز البحوث والدراسات بشرطة دبي، العدد ٩١، ص١.

(٢) رمضان، مدحت عبد الحليم: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣.

الأمريكية عام ١٩٩٧م، ومبلغ ١٥٠ مليون فرنك فرنسي عام ١٩٩٨م، وتُشير الدلائل كذلك إلى أن ٦٠٪ من النمو الاقتصادي خلال السنوات الأولى من القرن الحالي سيرجع في المقام الأول إلى التجارة الإلكترونية والتعامل في تكنولوجيا المعلومات عمومًا[١].

«كما تُشير الإحصاءات كذلك إلى أن حركة التجارة الإلكترونية في زيادة مستمرة ففي عام ٢٠٠٠م وتحديدًا في بدايتها تحقق فائض قدره ٢٧٥ مليون دولار، وهذا الفائض أو الربح سوف يصل في عام ٢٠٠٣م إلى (١٠٠) مليار دولار لتعاملات الأفراد و(١٠٠) مليار دولار لتعاملات الهيئات»[٢].

وهذه الزيادة في حجم التجارة الإلكترونية راجعة إلى استمرار انخفاض تكلفة استخدام الإنترنت واشترك غالبية البنوك والشركات فيه فضلاً عن إمكانية فتح أسواق جديدة عبر الإنترنت، وزيادة الإقدام على تسويق السلع والخدمات من خلالها، وأن الإنترنت سوف يصبح المنفذ الوحيد لتسويق التجارة الخارجية بين الدول. ويكفي الإشارة في هذا الخصوص إلى أن مستخدمي الإنترنت عام ١٩٩٧م في الولايات المتحدة الأمريكية قد وصل إلى ما يزيد عن (٧٥) مليونًا فقط بين الأفراد.

ونظرًا لأهمية موضوع التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي والمحلي فقد صدرت مواثيق وتشريعات تنظم هذا الموضوع.

فالأمم المتحدة في لجنة القانون التجاري الدولي – الأونيسترال – اهتمت بضرورة بحث موضوع التجارة الإلكترونية. ولذلك أصدرت الجمعية قرارًا باعتماد – القانون النموذجي – المتعلق بالتجارة الإلكترونية عام ١٩٩٦م.

كما اهتم المجلس الأوروبي بإصدار التوجيه رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٠م، والصادر في ٨ أغسطس عام ٢٠٠٠م، وذلك فيما يتعلق بهذه التجارة.

بينما في عام ١٩٩٨م صدر قانون التجارة الإلكترونية في سنغافورة، وفي عام ٢٠٠١م صدر قانون التجارة الإلكترونية في جمهورية أيرلندا، كذلك فقد صدر قانون التجارة الإلكترونية في دوقية «لكسمبرج».

---

(١) مجاهد، أسامة أبو الحسن: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص١١.

(٢) قشقوش، هدى حامد: الحماية الجنائية للتجارة عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص٩.

ومن ناحية أخرى فقد صدر في فرنسا قانون خاص في ٩ أغسطس عام ٢٠٠٠م في شأن المبادلات التجارية الإلكترونية، كذلك فقد صدر القانون الفرنسي المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني وورد النص فيه على بعض التعديلات فيما يتعلق بقانون الإثبات.

وعلى المستوى العربي فلا زالت تشريعات التجارة الإلكترونية في معظم الدول العربية ومنها مصر والكويت والإمارات ولبنان في مرحلة المخاض، ولم يصدر سوى قانون واحد هو قانون المبادلات الإلكترونية الصادر في ٩ أغسطس عام ٢٠٠٠م في الجمهورية التونسية، والمنشور بجريدة الرائد الرسمي في تونس بتاريخ ١١ أغسطس عام ٢٠٠٠م.

وإذا كان ظهور التجارة الإلكترونية وانتشارها يرجع إلى التقدم في وسائل الإتصال والمعلومات، وبصفة خاصة شبكة الإنترنت، فقد ترتب على ظهور هذه التجارة ظهور فكرة النقود الإلكترونية، حيث تتم المدفوعات من جانب إلى آخر من خلال قنوات الإتصال الإلكترونية من حاسب آلي وإنترنت، ولاشك أن استخدام النقود الإلكترونية سيؤدي إلى سرعة وسهولة تسوية المدفوعات وتقليص الحاجة إلى الإحتفاظ بالنقود السائلة الأمر الذي يساعد على التوسع في التبادل التجاري(١).

ولاشك أن الجهود الدولية – في الوقت الحالي – لم تتوقف في شأن إيجاد الحلول والقواعد الموحدة للتجارة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية بما يجعل لهذه التوقيعات حجية قانونية في مجال الإثبات.

وخلاصة القول أن الكتابة لا تُعد من الناحية القانونية دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا كانت موقعة في صورة إمضاء أو ختم أو بصمة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المُعد أصلاً للإثبات، بل أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية سواء في القانون العربي أو الغربي.

وبسبب انتشار الحاسب الآلي والاعتماد عليه في كافة نواحي الحياة بصورة كبيرة فقد أفرز الواقع العملي طرق ووسائل حديثة في التعامل لا تتفق مع فكرة التوقيع بمفهومها

---

(١) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: بحث بعنوان الجوانب القانونية عبر وسائل الإتصال الحديثة، مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، (١ – ٣) مارس، ٢٠٠٠م، ص١٢ وما بعدها.

التقليدي، وإزاء انتشار نُظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات التي بدأت تغزو الشركات والإرادات والبنوك إعتمادًا على هذه الآلات، وأنه لا مجال للإجراءات اليدوية في ظلها، فقد أصبح التوقيع اليدوي وأيضًا العقد المكتوب عقبة من المستحيل تكيفها مع النُظم الحديثة للإدارة والمحاسبة، ولهذا تم الإتجاه نحو بديل لذلك التوقيع اليدوي وهو التوقيع الإلكتروني[١].

المبحث الثالث

وسائل العقد الإلكتروني

إن هناك العديد من الوسائل الحديثة التي تُستحدث كل فترة زمنية قصيرة نسبيًا والتي تستخدم في إبرام العقود، ومن هذه الوسائل جهاز الميناتل، وجهاز التلكس، وجهاز الفاكس، وجهاز البيجر، والتليفون المرئي، والتليفزيون ثم شبكة الإنترنت، وسوف يتم تناول كل وسيلة من هذه الوسائل على النحو التالي:

أولاً: جهار الميناتل (minitel) ظهر جهاز الميناتل في فرنسا في منتصف الثمانينات وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر المنـــزلي ولكنه صغير الحجم نسبيًا، ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشتمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر ويُعد جهاز الميناتل من وسائل إبرام العقود إلكترونيًا. وهو وسيلة إتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصور. فهو وسيلة إتصال عن طريق الكتابة ويلتزم لتشغيل جهاز الميناتل توصيله بخط هاتف.

ويُلاحظ أن خدمة الميناتل كانت نتيجة تعاون بين الهيئة العامة للإتصالات السلكية واللاسلكية وهي إحدى الهيئات الكبرى لوزارة البرق والبريد والهاتف وبين متعدي خدمة معينة عن طريق عقد[٢].

ثانيًا: التلكس والفاكس: يعتبر التلكس جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة. فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها. بينما جهاز الفاكس فهو عبارة عن جهاز

---

(١) حجازي عبد الفتاح بيومي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٥م، ص٧.

(٢) مجاهد، أسامة أبو الحسن: استخدام الحاسب الآلي في المجال القضائي بمحكمة باريس الإبتدائية، القاهرة مجلة القضاة، عدد يناير، ١٩٩٠م، ص٦١ وما بعدها.

إستنساخ بالهاتف. يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقل مطابق لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر في حيازة المستقبل ويلاحظ أن هناك فاصل زمني للرد على المُرسل(١).

ثالثًا: البيجر: جهاز البيجر هو جهاز صغير الحجم فهو أصغر من الراديو الترانزستور وأكبر من علبة الكبريت قليلاً. وهو جهاز مخصص في المقام الأول لأغراض الإستدعاء والتتبع. وظهر ذلك الجهاز قبل ظهور الموبايل، وغالبًا ما يستخدم هذا الجهاز الأطباء ومهندسي الصيانة وغيرهم ممن تحتم عليهم طبيعة عملهم التواجد في أي لحظة عند الاحتياج إليهم.

ويتيح جهاز البيجر معرفة أرقام المكالمات الهاتفية المتصلة به في أي لحظة، وقد أدخلت بعض التعديلات على الأنظمة الخاصة بأجهزة الاستدعاء والتتبع في منتصف الثمانينات بحيث أصبحت هذه الأجهزة قادرة على إستقبال رسائل كتابية تظهر على شاشة الجهاز وعن طريق هذه الرسائل الكتابية يمكن تصور الإتفاق على إبرام عقد من العقود كعقد بيع مثلاً أو عقد مقاولة، وذلك عن طريق إرسال رسائل متبادلة بين حاملي جهاز البيجر(٢).

رابعًا: التليفون المرئي والتليفزيون: يُعد جهاز التليفون من أكثر وسائل الإتصال الفوري فاعلية وانتشارًا، ويتميز بسرعة الإتصال وسهولة الأستخدام. ويكون التعاقد عن طريقه فوريًا ومباشرًا حيث أن الإيجاب يعقبه قبول أو رفض مباشرة، ويُلاحظ أن التقنين المصري المدني نص على حالة الإيجاب عن طريق التليفون في المادة (٩٤) فنص في الفقرة الأولى على أنه «... إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يُعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل».

ولقد تطور التليفون العادي وأدخلت عليه بعض التعديلات التكنولوجية وظهر ما يُعرف بالتليفون المرئي، ولقد ظهر التليفون المرئي لأول مرة عام ١٩٩٨م وأنتجته شركة الكاتيل الفرنسية، وقد كان من المفترض أن يستخدم هذا الجهاز في الدخول على شبكة الإنترنت وذلك لسهولة استخدامه ورخص ثمنه، ولكنه خرج من السوق بسرعة ويوجد الآن

---

(١) العجلوني، أحمد خالد: التعاقد عن طريق الإنترنت – دراسة مقارنة –، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢م، ص٤٩ – ٥٠.

(٢) الرومي، محمد أمين: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص١٦.

شكل آخر لهذا الجهاز يسمى وبتنش بالسوق الفرنسي، ويفترض أنه سوف يوفر هذه الإمكانية[1].

أما جهاز التلفاز فقد أُستخدم كذلك في تسويق السلع وكانت بداية ذلك في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، وبالنسبة لفرنسا أصدرت قانونًا في ١٩٨٨/١/٦م والخاص بشأن بيع المسافات والبيع عبر التلفاز وسُمي هذا النظام «تل أشات» ، حيث خصص التليفزيون الفرنسي عدة قنوات لتسويق السلع التجارية ويتم من خلال هذه القنوات عرض السلع مع الدعاية لها وبيان مزاياها وطريقة استعمالها وسعرها ومصاريف الشحن، وما على المستهلك سوى أن يتصل بأرقام الشركة المُعلنة على شاشة التليفزيون وإبداء رغبته في شراء السلعة مع ترك اسمه وعنوانه ورقم هاتفه فتصله السلعة حتى محل إقامته على أن يتم الوفاء بثمن السلعة عند استلامها أو بموجب شيك مقبول الدفع أو عن طريق البريد الإلكتروني أو بطاقة الإئتمان الخاصة به.

بينما في الولايات المتحدة الأمريكية يوجد نظام التسوق عبر شاشة التلفاز حيث تتميز الولايات المتحدة بامتلاكها عبر قنوات تليفزيونية في العالم من حيث العدد، حيث يصل هذا العدد قرابة الألف قناة تليفزيونية.

ولقد أدى التطور التكنولوجي إلى ظهور تليفزيون قادر على الدخول إلى شبكة الإنترنت ويُطلق عليه «نت تي في» وقد أجريت عليه عدة تعديلات بحيث أصبح من مكوناته لوحة مفاتيح شبيهة بالموجودة بجهاز الكمبيوتر وعن طريق التحكم في التلفاز عن طريق جهاز ريموت كنترول ذو إمكانية خاصة.

وقد ظهرت بالفعل بعض الوحدات من أجهزة الكمبيوتر لديها إمكانية إستقبال الإرسال التليفزيوني عن طريق تركيب قطعة في جهاز الكمبيوتر تسمى «بكارت تليفزيون»، كذلك هناك أجهزة تليفزيون لديها إمكانية كتابة الرسائل الإلكترونية عليها، وإن كانت تلك الوحدات لم تلق رواجًا كبيرًا في الأسواق.

وتتبنى الولايات المتحدة الأمريكية حاليًا فكرة تحويل أجهزة التليفزيون العادية إلى أجهزة لها إمكانية الدخول على شبكة الإنترنت وإجراء المعاملات التجارية عليها ويوجد حاليًا بالأسواق جهاز يتم تركيبه في جهاز التلفاز بحيث يمكن الشخص من الدخول على شبكة

---

(١) حامد، هند محمد: التجارة الإلكترونية في المجال السياحي، (بدون ناشر)، ٢٠٠٣م.

الإنترنت بواسطة جهاز التليفزيون ويعطي المستخدم إمكانية الدخول على البريد الإلكتروني الخاص به، وكذلك التفاعل مع المواقع المختلفة الموجودة على الشبكة وإجراء المعاملات التجارية عليها ويُعرف هذا الجهاز باسم «ويب. تي. في.».

خامسًا: شبكة الإنترنت: وهي من أحدث طرق التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية التي أحدثت ثورة كبرى في تسويق السلع والخدمات والتي اختصرت وقت البيع والتي كانت تمر بمراحل عديدة من يد إلى يد ابتداء من المنتج أو المصنع وحتى المستهلك وبهذه الوسيلة الحديثة أصبحت عمليات البيع لا تمر بهذه المراحل، وتخلصت من السماسرة والوسطاء حيث أن عمليات البيع تتم مباشرة بين البائع والمشتري والبائع غالبًا هو المنتج أو المصنع وبالتالي نجد أن سعر السلع انخفض لانعدام الوسطاء.

وفي مجال التسوق عبر الإنترنت يمكن للمشتري أن يحصل على سلعته بأقل الأسعار، وقد بدأ استخدام شبكة الإنترنت في الأغراض التجارية سنة ١٩٩٢م عندما ظهرت (WWW) وهي إحدى فروع شبكة الإنترنت لكنها اكتسبت جاذبية خاصة جعلتها تتفوق على شبكة الإنترنت ذاتها في وقت قصير حتى أصبحت هي الجزء الرئيسي المكون لشبكة الإنترنت.

كما أن أهم مميزات (WWW) عن باقي خدمات الإنترنت، عدم إفتقارها على تقديم البيانات في صورة قوائم وملفات مجردة لا تحتوي على لمحات فنية بل اعتمدت على أسلوب الوصف الدقيق والصور الملونة، وكذلك اعتمادها على طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على مجرد الإشارة إلى المواقع المراد الدخول عليها.

ولهذه المميزات بدأ إقبال رجال الأعمال وأصحاب المؤسسات والشركات التجارية والمنشآت التجارية، حيث بدأ ذلك باعتماد مراسلتهم على البريد الإلكتروني في إتمام صفقاتهم في بادئ الأمر، ثم عن طريق عرض منتجاتهم وخدماتهم خلال مواقع خدماتهم من خلال مواقعهم على شبكة الإنترنت (WWW).

فقد ظهرت أولى هذه المواقع التجارية على شبكة الإنترنت عام ١٩٩٣م.

وأرى أن هذه المواقع بدأت مفتقرة إلى حد كبير للأدوار الترويجية حتى تم تطوير وسائل فعالة لسداد قيمة السلع بالاتصال المباشر بالكمبيوتر.

وقد كان من أهم أسباب تفضيل رجال الأعمال لشبكة الإنترنت في أنها سهلت عليهم

الإتصال بين الشركة وعملائها، كذلك بينها وبين مورديها في جميع أنحاء العالم وبأقل التكلفة، فالبريد الإلكتروني سهل عمليات الإتصال بين البائع والمشتري، وكذلك سهلت عمليات التفاوض حول السلع، وإتمام عمليات البيع والعقود الخاصة بالصفقات التجارية بين الشركات وبصورة سريعة وغير مكلفة.

بينما في عام ١٩٩٥م وصل عدد المواقع التجارية على شبكة الإنترنت إلى ٣٧ ألف موقع تقريبًا في شهر أبريل وتزايد هذا العدد بصورة كبيرة حتى وصل إلى ١١٠ ألف موقع في شهر أكتوبر من نفس العام، وقد كلفه هذا الإقبال تزايد التوسع في التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت.

بينما في عام ١٩٩٦م فقد بدأ تجار التجزئة في استخدام شبكة الإنترنت في عملية التسويق لسلعهم بغرض بيعها على شبكة الإنترنت، وزادت هذه العمليات مع زيادة تأمين المعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، وقد وصل حجم التجارة الإلكترونية عام ١٩٩٦م ما يقرب من ٣ مليار دولار. وفي هذه الفترة تخطى رجال الأعمال مرحلة الإعلان والترويج إلى مرحلة إتمام عمليات البيع عن طريق الإنترنت.

وفي عام ١٩٩٨م ارتفع حجم التجارة الإلكترونية حتى وصل ٨٤ مليار دولار ومنذ ذلك الوقت والتجارة الإلكترونية في ازدياد مستمر نتيجة التطورات الهائلة التي تشهدها يومًا بعد يوم في وسائل شبكات الإتصال.

وقد وصل عدد مستخدمي شبكة الإنترنت في نهاية عام ١٩٩٨م إلى ١٥١ مليون نسمة، وزاد هذا العدد بزيادة قدرها ٥٠٪ حتى وصل في نهاية عام ١٩٩٩م إلى ٢٢٦ مليون مستخدم، وفي عام ٢٠٠٠م وصل العدد إلى ٣٤٩ مليون مستخدم[١].

وتشير الإحصائيات إلى أن حركة التجارة الإلكترونية في زيادة مستمرة وكبيرة.

ففي عام ٢٠٠٠م، وتحديدًا في بدايتها تحقق فائض قدره ٢٧٥ مليون دولار، وهذا الفائض وصل في عام ٢٠٠٣م إلى ١٠٠ مليار دولار لتعاملات الأفراد، و١٠٠ مليار دولار لتعاملات الهيئات[٢].

---

(١) حامد، هند محمد: التجارة الإلكترونية في المجال السياحي، مرجع سابق، ص٣٨.

(٢) حامد، هند محمد: التجارة الإلكترونية في المجال السياحي، مرجع سابق، ص٩.

وأرى أن سبب هذه الزيادة في حركة التجارة الإلكترونية يرجع في الأصل لسهولة حركة البيع عبر شبكات الاتصال وسرعتها، كما أن هناك جانب اقتصادي ينظر إليه المتعاملين عبر هذه الوسيلة، وهي قلة نفقات الشراء، حيث أن المشتري لا يتكبد مصاريف السفر والانتقال والإقامة وغير ذلك.

وأرى كذلك أن هناك بعض الجوانب السلبية للتجارة عبر الإنترنت أو وسائل الإتصال الحديثة والتي من أبرزها وقوع غبن أو غش أو تدليس على المشتري وذلك فيما يتعلق بمعاينة السلعة، حيث لا تتم معاينة السلعة وقت التعاقد، وإنما تتم المعاينة عند التسليم – أي بعد الإيجاب والقبول ودفع الثمن.

الفصل الثاني

خصائص العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بخصائص عديدة تميزه عن غيره من العقود والتي يتم إبرامها بين متعاقدين يجمعهما مجلس العقد، فالعقد الإلكتروني يتم باستخدام وسائل أو وسائط إلكترونية، وغالبًا ما يتم بين متعاقدين كل منهما في بلد أي هناك تباعد مكاني بينهما، ويكون هناك تواجد زمني، كما يتم الوفاء في العقد إلكترونيًا، ويتم التعاقد بطريقة الكترونية، كذلك نصوص وبنود العقد الإلكتروني تكون محررة في محرر الكتروني وليس في محرر ورقي كما هو معروف في العقود العادية، لذلك سيتم استعراض خصائص التعاقد الإلكتروني في ثلاث مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: عدم وجود علاقة مباشرة بين أطراف العقد.

المبحث الثاني: وجود الوسيط الإلكتروني.

المبحث الثالث: السرعة في إنجاز الأعمال.

المبحث الأول

عدم وجود علاقة مباشرة بين أطراف العقد

إن العقد الإلكتروني يتميز عن باقي العقود بأنه عقد مُبرم عن بُعد، أي أن هناك مسافة بين المتعاقدين «فالتعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت يُعد تعاقد بين حاضرين حكمًا، حيث أن هناك تباعد مكاني بين البائع أو المنتج وبين المستهلك، ولكن هناك في الغالب إتحاد زمني بين الطرفين، فالطرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد»[1].

والخلاف يُثار حول طبيعة العقد المبرم بواسطة الإنترنت هل هو بين حاضرين أم أنه تعاقد بين غائبين؟ فذهب البعض إلى اعتباره تعاقد بين حاضرين لإمكانية تبادل طرفي العقد الكلام عبر الشبكة، وهذا ما ينطبق على التعاقد عبر الهاتف.

بينما ذهب رأي آخر إلى اعتبار تعاقد بين غائبين لأن صفحة العقد تكون مُعدة سلفًا،

---

(١) الرومي، محمد أمين: التعاقد الالكتروني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص٥٩.

وما على المتعاقد سوى القبول أو الرفض، فهو أقرب إلى عقد الإذعان[1].

وأرى أن التعاقد عبر الإنترنت يُعتبر تعاقد بين غائبين لما سبق، وكذلك فتبادل الحديث عبر الشبكة ليس هو الأساس، ولا يمثل محور حيوي لأن حجم العقود الهائل لا يسمح بتبادل الأحاديث حول كل عقد.

والأمر يختلف بالتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، فعند وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فإن التعاقد هنا يكون بين غائبين من حيث الزمان والمكان وهذه الحالة تقترب من حالة الفاكس العادي، أما لو كان الإيجاب والقبول في نفس الوقت كالتعاقد عبر الهاتف فلابد من تطبيق التعاقد بين حاضرين زمانًا لأنه لا يوجد فترة زمنية تفصل بين الإيجاب والقبول. بينما التعاقد عبر شبكة المواقع. ففي هذه الحالة يدخل الشخص إلى موقع ما على الشبكة، ويمكن له وضع إجابة وينتظر فترة زمنية لتلقي الإجابة فهنا نكون أمام تعاقد بين غائبين، أما إذا تم القبول فورًا فنكون أمام حالة تعاقد بين حاضرين زمانًا، وكذلك الحال في التعاقد عبر المحادثة المباشرة[2].

المبحث الثاني
وجود الوسيط الإلكتروني

لقد كان وجود مجلس انعقاد العقد من الأمور الجوهرية والمسلم بها وذلك قبل انتشار الوسائط الإلكترونية، ولكن في الوقت الحاضر ومع انتشار الوسائط الإلكترونية عالميًا وتنوعها أصبح من الطبيعي انعقاد العقد دون وجود ما كان يسمى بمجلس انعقاد العقد. وبالرجوع إلى المادة الرابعة والتسعين من التقنين المدني المصري وجد أنها تنص على أنه «إذا صدر الإيجاب في مجلس انعقاد العقد...» أي أنه من الطبيعي بل ومن المُسلم به وجود مجلس انعقاد العقد وأن عدم وجوده يُعد تخلف أحد شروط الانعقاد.

وفي تفسير هذه المادة أرى أنه:

١ – مجلس العقد هو المكان الذي يضم كلاً من طرفي التعاقد، وهو المكان الذي يجتمع

---

(١) الهيجاء، محمد إبراهيم: التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت – دراسة مقارنة – عمان: دار الثقافة، ٢٠٠٢م، ص٥٣.

(٢) العجلوني، أحمد خالد: التعاقد عن طريق الإنترنت – دراسة مقارنة –، عمان، مرجع سابق، ص٩٠.

فيه طرفي التعاقد بحيث يكون كلاً منهما منشغلاً بالتعاقد.

٢ – إذا ما انصرف أيًا منها من هذا المجلس فإن المجلس الخاص بانعقاد العقد يكون قد انفض وسقط الإيجاب الصادر من إحدهما إلى الآخر.

وهناك عدد من النظريات التي حاولت تفسير الوضع الجديد من حيث مجلس انعقاد العقد، وهل يُعد موجودًا إذا ما كان التعاقد يتم بطريقة إلكترونية أم أنه لا يُعد موجودًا.

النظرية الأولى. وتقرر أن مجلس انعقاد العقد أصبح موجودًا، ولكن صورته هي التي تغيرت وأصبح يتم عن طريق شبكة الإتصالات الإلكترونية الحديثة التي يتواجد عليها كل من طرفي العقد، وتُعد الشبكة هذه بمثابة مجلس إنعقاد العقد، وهي التي يتم من خلالها التفاوض على شروط وبنود العقد، وما يتحمل به كل طرف من التزامات وماله من حقوق تجاه الطرف الآخر المتعاقد[1].

النظرية الثانية. وتقرر أن التعاقد الإلكتروني الحديث الذي يتم عبر شبكة الإنترنت لا يوجد به ما يسمى بمجلس انعقاد العقد على اعتبار أن التعاقد بالطريقة التقليدية له أركان لابد من توافرها، وذلك على العكس من التعاقد الإلكتروني الذي ليس ضمن شروطه توافر بعض تلك الأركان ومن ضمنها إنعقاد مجلس العقد.

وأرى أن مجلس العقد هو ركن أساسي في انعقاد العقد أيًا كانت الطريقة أو التكنولوجيا المستخدمة في التفاوض على إنعقاده.

كما أرى كذلك أن مجلس العقد وإنعقاده يظل موجودًا عند إنعقاد العقد بالطريقة الإلكترونية الحديثة، وإنما تواجده يكون بشكل مختلف يتوافق والتقدم التكنولوجي الذي يشهده العام حاليًا والأخذ في التطور بشكل غير مسبوق، وبطريقة مستمرة.

وبناءً على ذلك فإن وجود كل من طرفي العقد أمام شبكة الإنترنت للتفاوض على العقد وبنوده، وما إلى ذلك هو مجلس العقد، وإنما جمع أطراف العقد بصورة إلكترونية دون أن يكون كل منهما متواجد بجسده، وهو ما كان لابد من توافره في طريقة التعاقد الغير إلكتروني.

مما سبق وُجَد أن التعاقد الإلكتروني توفر فيه الرضا وذلك من خلال إرتباط القبول

---

(١) الجنبيهي، منير وممدوح محمد: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مرجع سابق، ص١٥٥.

بالإيجاب، ولم تشترط التشريعات شكلاً معينًا يتعين إجراءه لينعقد العقد، كما أنه عقد معاوضة بمعنى أن كل متعاقد يحصل على مقابل ما يُقدم، كما أنه أيضًا عقد محدد القيمة بمعنى أن لكلا الأطراف تحديد مقدار ما يلتزم به عند التعاقد، وكذلك المقابل الذي سيحصل عليه، وهو عقد ناقل للملكية، وأخيرًا عقد فوري التنفيذ بمعنى أنه لا يعتبر الزمن عنصرًا جوهريًا فيه[١].

المبحث الثالث
السرعة في إنجاز الأعمال

إن شبكة الإنترنت تعرض على مدار الساعة الإعلانات ووسائل البيع والشراء والمزادات العلنية والتقدم للوظائف والخدمات في إشارة صريحة بإتخاذ مسلك مباشر لا لبس فيه على التراضي.

ومن المعروف أن الأصل في التعاقد حرية التراضي التي تقتضي تسيير المعاملات والعقود، ورفع الحرج وعدم التعقيد، وكذلك السرعة في إنجاز الأعمال[٢].

فالسرعة في إنجاز الأعمال على شبكة الإنترنت تُعد هي إحدى المميزات الأساسية التي عملت على إنتشار التعاقد إلكترونيًا بل وإنجاز كافة المعاملات التجارية وغير التجارية الأخرى، فلو ذكرنا مثلاً أن طرفي التعاقد جنسيتين مختلفتين فيمكن لكل منهما التفاوض وهو في مكتبه دون أن يتحمل عناء ومشقة السفر والإقامة في دولة غير دولته، وهو ما يُعد تقدمًا كبيرًا بل ثورة في مجال إنجاز المعاملات التي كان يتطلب إنجازها في الماضي وقتًا وجهدًا.

وتوفر التجارة الإلكترونية فرصًا فريدة للتبادل عبر الحدود، وهي بمثابة أداة تجارية جديدة تركت أثرًا ملموسًا في تغيير المنظومة الإقتصادية في العالم، فهي تسمح للسلع والخدمات بأن تصل إلى سوق يتجاهل الحدود السياسية والجغرافية وهي توفر بذلك فرصًا كثيرة للشركات وما يقابلها من فوائد للمستهلكين[٣].

---

(١) الهيجاء، محمد إبراهيم: التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت – دراسة مقارنة – مرجع سابق، ص١٨ – ١٩.

(٢) العجلوني، أحمد خالد: التعاقد عن طريق الإنترنت – دراسة مقارنة –، مرجع سابق، ص٢٢.

(٣) بدر، أسامة أحمد: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة مقارنة – الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥م، ص٣٧.

مما سبق أرى أن هناك عدة خصائص للعقد الإلكتروني تميزه على خصائص العقد التقليدي المتعارف عليه وهذه الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

١ – يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بُعد بوسائل إتصال تكنولوجية، ولذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الإنترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي، ولذلك فهو عقد فوري متعاصر، وقد يكون العقد الإلكتروني غير متعاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول، وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد.

ويشترك العقد الإلكتروني في صفة الإبرام عن بعد مع بعض العقود مثل التعاقد بالميناتل minitel أو بالتليفزيون، أو بالتليفون، أو بالمراسلة كإرسال كتالوج ولكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الإنترنت ويسمح بالتفاعل بينهم.

٢ – يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد، ويُعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة إتصالات إلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط إلكترونية وتلك الوسائط هي التي رفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم الكترونية.

وتجدر الإشارة إلى أن اصطلاح شبكة الاتصالات الإلكترونية يأخذ مفهومًا واسعًا في مجال التعاقد الإلكتروني، فهو ينطبق على كل نوع من أنواع الإتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها، وينطبق ذلك على الإتصالات التي تجري بالوسائل السلكية، كما يشمل أجهزة الإتصالات التي تعمل بالموجات الهيرتزية، كما ينطبق كذلك على عروض الإيجاب التي تُنقل عبر الأقمار الصناعية.

٣ – يتصف العقد الإلكتروني غالبًا بالطابع التجاري الإستهلاكي، ولذلك يُطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود، ويترتب على ذلك أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الإستهلاك لأنه غالبًا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، ومن

ثم فإنه يعتبر في الغالب من قبيل عقود الاستهلاك.

٤ — العقد الإلكتروني غالبًا يتسم بالطابع الدولي، وذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الإنترنت وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة إتصال دائم على الخط يُسهل العقد بين طرف في دولة والطرف الآخر في دولة أخرى. ويُثير الطابع الدولي للعقد الإلكتروني العديد من المسائل، كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد للتعاقد وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الأخر ومعرفة حقيقة المركز المالي له، وتحديد المحكمة المختصة وكذلك القانون الواجب التطبيق على منازعات إبرام العقد الإلكتروني.

٥ — من حيث الوفاء، فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات.

٦– من حيث الإثبات، فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي ولا تُعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي العقد، فهو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان وتحديد إلتزاماتهما القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يصفي حجية على المستند.

٧ — تنفيذ العقد الإلكتروني يتميز عن العقد التقليدي بأنه يمكن أن يبرم ويُنفذ عبر الإنترنت دون حاجة إلى الوجود المادي الخارجي، إذ بفضل شبكة الإنترنت أصبح هناك إمكانية تسليم بعض المنتجات إلكترونيًا أي التسليم المعنوي للمنتجات كبرامج الحاسب والتسجيلات الصوتية.

٨ — العقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول إذ أنه من المقرر وفقًا للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد، أن أيًا من طرفي التعاقد لا يستطيع أن يرجع عنه، فمتى تم إلتقاء الإيجاب والقبول أبرم العقد، ولكن للمشتري حق العدول لعدم تمكنه من معاينة السلعة.

الفصل الثالث

أركان العقد الإلكتروني

من الثابت في العقود الإلكترونية أنه لا يكفي وجود الإرادة أو التعبير عنها لإنعقاد العقد إذ يجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني أي أن يكون هناك إيجاب وقبول لتكوين العقد بمعنى أنه يجب أن يكون هناك ضيف ومضيف، ويتحدد ذلك بصدور الإيجاب أولاً ثم يليه صدور قبول على أن يتم تطابقهما، وقد يتم التطابق في مجلس واحد أو بين غائبين. ولذلك يجب بعض الإيجاب والقبول وتطابقهما في العقد الإلكتروني من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول

الإيجاب في العقود الإلكترونية

يُعد الإيجاب هو الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، ومنها العقد الإلكتروني فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكي يتم إبرام عقد معين يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على آخر بعد أن يكون قد استقر نهائيًا عليه.

والتعبير عن الإرادة حتى يكون إيجابًا يجب أن يكون جازمًا وكاملاً وباتًا، وأن يُعبر عن إرادة واضحة في معنى إبرام العقد، وأن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهو ما يعني أن الشخص إذا لم يكن يقصد إبرام العقد فإن التعبير عن الإرادة لا يعتبر إيجابًا، وهو ما يثير مشكلة التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض.

ومن جهة أخرى تظهر مشكلة إرسال سلع للمستهلك لم يطلبها أو يتعاقد عليها، فقد يقوم المستهلك مثلاً بإرسال بريد إلكتروني للتاجر بغرض الإستعلام عن سلعة معينة ثم يفاجأ بقيام التاجر بإرسال هذه السلعة إلى عنوان المستهلك دون أن يطلبها.

ومما تقدم فإن التعرض لمسألة الإيجاب لا يقتضي بحثه بمعناه التقليدي تفصيلاً وإنما يجب بحث أوجه الخصوصية في مجال البيئة الإلكترونية، وهو ما يدعو إلى التعرض إلى ماهية الإيجاب الإلكتروني وبيان خصائصه، وحالة الإيجاب الإلكتروني والسلع الغير متعاقد عليها، وكذا بيان ما يتميز به الإيجاب من خصوصية تميزه عن الدعوة للتفاوض والتعاقد، وحكم العرض الموجه إلى الجمهور عبر شبكات الإتصال وذلك في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية الإيجاب الإلكتروني:

يُعتبر الإيجاب متعدد التعريفات حيث وضع العلماء تعريفات متعددة، بينما ذهبت بعض المحاكم إلى العناية بهذا الموضوع وذلك على النحو التالي:

أ – تعريف الإيجاب الإلكتروني عند فقهاء القانون:

ذهب البعض إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني بأنه: «كل إتصال عن بُعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان»[1].

بالنظر إلى هذا التعريف وجُد أنه لم يُعرف أو يُحدد وسائل الإتصال عن بُعد، كما لم يُبرز أهم خصائص الإيجاب الإلكتروني، وهي الصفة الإلكترونية في هذا الإيجاب لكن يتضح منه اهتمامه بضرورة تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن القابل وهو المستهلك عادة، من إصدار قبوله، وهو على بينة.

وهناك ملحق للتعريف السابق أقره رئيس الجمهورية الفرنسية بموجب المرسوم رقم ٢٠٠١/٧٤١ قد ذكرا على سبيل المثال لا الحصر وسائل الاتصال عن بُعد ومنها المطبوعات غير المعنونة، والمطبوعات المعنونة، والخطابات النموذجية، والمطبوعات الصحفية مع طلب الشراء، والكتالوجات، والتليفون مع إظهار الصورة والتليفزيون والنت[2].

وأرى أن وصف الإيجاب الإلكتروني لا يُعدل من ذاتية الإيجاب لمجرد حدوثه الكترونيًا، فلفظ إلكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا ينال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقًا للنظريات التقليدية في الإلتزامات وقانون العقد «فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في تعاقد يتم إلكترونيًا عن طريق شبكة الإنترنت»[3].

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني – كما هو الحال في التقليدي – أن يكون جازمًا ومحددًا وباتًا لا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد إقتران القبول به، أما إذا احتفظ الموجب بشرط يعلن فيه أنه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول فلا يُعد هذا إيجابًا

(١) Directive No, 1997/7Ec, issued in 20/5/1997.

(٢) قاسم، محمد حسن: التعاقد عن بُعد، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥م، ص١٩.

(٣) بدر، أسامة أحمد: الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، القاهرة، دار النهضة العربية، (د. ت)، ص١٧٨.

بل مجرد دعوة إلى التعاقد(١).

ويسقط الإيجاب لأسباب معينة وهي إذا كان معلقًا على شرط وتخلف الشرط، أو بانقضاء المدة المحددة – بالنسبة للإيجاب الملزم – و لم يقترن به قبول، أو رفضه الشخص الذي وجه إليه، ويعتبر رفضًا للإيجاب الإلكتروني أن يقوم الموجه إليه الإيجاب بإغلاق جهاز الكمبيوتر طواعية واختيارًا، أو بالانتقال إلى موقع جديد غير موقع الموجب أو بإرسال رسالة الكترونية تفد الرفض في حالة التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني.

مما سبق أرى أن التعاقد الإلكتروني هو «تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بُعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بواسطة وسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة» ولذلك فهو لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة فقط.

وهناك رأي يرى خلافًا للواقع أن بيان خصوصية الإيجاب يكون من خلال النفاذ إلى صميم بنيانه التقني والفني عن طريق تحديد طبيعة مواقع التجارة الإلكترونية، وهل تُعد هذه المواقع من قبيل الإتصالات السمعية البصرية أم مراسلات خاصة(٢).

وأرى أن هذا الرأي قد جانبه الصواب، ذلك لأنه ينظر إلى خصوصية الإيجاب الإلكتروني من زاوية ضيقة ويحصر الإيجاب الإلكتروني في مجرد الإيجاب المرسل عبر مواقع الويب، بينما التعبير عن الإيجاب الإلكتروني قد يتم بعدة رسائل كالبريد الإلكتروني، أو عبر غرف المحادثة الإلكترونية، أو مواقع الويب المنتشرة عبر الإنترنت أو غير ذلك من وسائل التعبير الإلكتروني عن الإرادة، ومن ثمَّ فإن بيان خصوصية الإيجاب الإلكتروني يكون من خلال بيان الوسائل الإلكترونية التي يتم من خلالها جميعًا وليس من خلال وسيلة واحدة.

إن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجابًا خاصًا موجه إلى أشخاص محددين وهو يتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برامج المحادثة وقد يكون إيجابًا عامًا موجهًا إلى أشخاص غير محددين، وهو ما يحدث في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية

---

(١) علوان، رامي: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الالكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة ٢٦، العدد الرابع، ديسمبر، ٢٠٠٢م، ص٢٤٨.

(٢) بدر، أسامة أحمد: الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، مرجع سابق، ص١٩٤.

المنتشرة على شبكة الإنترنت[1].

ويترتب على هذه التفرقة نتائج وآثار قانونية مختلفة، ففي الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور لا تكون شخصية القابل ذات أهمية بالنسبة للموجب، ولذلك فإن أي شخص يستطيع التقدم بالقبول حيث يحصل الإرتباط عند ذلك، وينتهي مفعول هذا الإيجاب بالنسبة للأشخاص الآخرين.

ب – سريان الإيجاب الإلكتروني:

من المعروف أن الإيجاب الإلكتروني لا يكون له فاعلية بمجرد صدوره من الموجب وإنما يكون بعرضه على الموقع عبر شبكة الإنترنت على الجمهور أو إرساله بالبريد الإلكتروني، أو غير ذلك من طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة، مشتملاً العناصر الجوهرية اللازمة للتعاقد، ويترتب على ذلك نشوء حق لمن وجه إليه الإيجاب الإلكتروني في قبوله، ولكن هذا الحق لا ينشأ إلا منذ وقت علم الموجب له بالإيجاب، فلا يترتب على مجرد صدور الإيجاب من الموجب أي إلزام طالما لم يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه.

وقد لوحظ أن للموجب في الإيجاب الإلكتروني – كما في الإيجاب التقليدي – الرجوع عن إيجابه، ويكون ذلك بسحبه من موقع عرضه على شبكة الإنترنت بشرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع عن الإيجاب، فيعدم بذلك أثره القانوني، إلا أن هناك استثناء على ذلك حيث يكون الإيجاب ملزمًا إذا كان مقترنًا بأجل القبول، غير أن العدول لا يكون له أي أثر قانوني إلا إذا علم به الموجب له، ويقع عبء إثبات ذلك على الموجب.

وإذا كان الأصل في الإيجاب التقليدي أنه غير ملزم قبل وصوله إلى الموجه إليه أو بعد وصوله إليه، وللموجب أن يعدل عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول[2]، ويكون الإيجاب ملزمًا إذا عُين ميعادًا للقبول إلتزم الموجب طواله بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، إلا أن البعض يذهب، إلى أنه إذا كان الإيجاب وفقًا للقواعد العامة، لا يكون ملزمًا بذاته إلا إذا إقترن بميعاد صريح أو ضمني، إلا أنه في الإيجاب الإلكتروني ينبغي الخروج عن القواعد العامة، بأن

---

(١) الكندري، فايز عبد الله: التعاقد عبر شبكة الإنترنت في القانون الكويتي، بحث مُقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون والذي عقد في دبي في الفترة من ١٠ – ١٢ مايو ٢٠٠٣م، ص٦٠٤.

(٢) المهدي، نزيه محمد: مصادر الإلتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص٦٩.

يحدد الموجب بدقة الوقت اللازم لصلاحية إيجابه، وأن يقوم بإعلام الموجب بهذا الوقت.

وأرى أن هذا الرأي يهدف إلى حماية المستهلك واستقرار المعاملات الإلكترونية وتوفير الموجب أمره وترتيب شئونه بالرد بقبول الإيجاب أو رفضه.

جـ - خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم من خلال شبكة المعلومات العالمية ومن أبرز خصائص الإيجاب الإلكتروني ما يلي[1]:

١ - الإيجاب الإلكتروني يتم عن بُعد. نظرًا لأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بُعد ومن ثم الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة.

ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجابًا عن بُعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بُعد. والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود أو الواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني والتي منها تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه والمركز الرئيسي له، وعنوان البريد الإلكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها وأثمانها، ووسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وإعادة إخطار المستهلك، وخدمة ما بعد البيع، ومدة الضمان.

٢ - الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني. يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الإنترنت، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت، وجدير بالذكر أن هناك آخرين يشاركون في تقديم تلك الخدمة، إذ أن هناك أشخاصًا عديدين يتدخلون في الإتصال ويساهم كل منهم بدور في إتمامه ومنهم عامل الإتصالات ومورد المعلومة ومورد المنافذ والمعلومات ويقترب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفاز في أنه في كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية، ورغم هذا التشابه فإن

---

(١) إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الالكتروني - دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦م، ص٢٥٢ - ٢٥٤.

الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن استمرارًا معينًا، بحيث أن الموجب له يستطيع دائمًا أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني، بينما يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التليفزيون بوقتية الرسالة المعروضة عبر شاشة التليفزيون، فمدة البث عبر التليفزيون تكون محدودة، وتتميز بالسرعة وباختصار.

٣ – الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجابًا دوليًا. يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة الإتصالات الدولية، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعًا لذلك إيجابًا دوليًا نظرًا لما تتسم به شبكة الإنترنت من الإنفتاح والعالمية.

ورغم ذلك يرى البعض، أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة ومحددة بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين.

د – حالة الإيجاب الإلكتروني الخاطيء:

يثور التساؤل عن المسئولية على الخطأ أو التحريف في إبلاغ الإيجاب في حالة وقوع غلط أو غموض أو عدم وضوح مثال ذلك أن يقرر التاجر مثلاً أن سلعة معينة عليها تخفيض معين، ولكن العرض يظهر على موقع الإنترنت بأن التخفيضات على جميع أنواع السلع المعروضة وليس على السلعة التي يريد التاجر إجراء تخفيض بشأنها فقط، ويكون الموجب له وهو المستهلك في الغالب قد قبل هذا العرض، وتم إرساله فعلاً للتاجر، فإذا كان مقدم الخدمة الإلكترونية هو ذاته الموجب فلا تثور مشكلة، ويكون هو المسئول عن كل خطأ أو تحريف في الرسالة الإلكترونية، أما إذا كان مقدم خدمة الإنترنت هو شخص آخر غير الموجب فهنا تثور المشكلة عن مدى قيام مسئولية مقدم الخدمة وحدود هذه المسئولية(١).

ولتفادي تلك المشكلة نص التوجيه الأوروبي رقم ٦٦/١٩٩٧م، الخاص بحماية المستهلك على إلتزام الموجب ببيان الخطوات التي يجب إتباعها من أجل إنشاء تعاقد إلكتروني مُلزم وتحديد الخطوات التي يلتزم المستهلك بإتباعها من أجل الحصول على الخدمة أو السلعة

---

(١) Michael Chissick & Alistrair Kelman, E – Commerce aguide to the law of electronic business, London, 2000, 976.

مثل الضغط على زر الموافقة أولاً بما يفيد قراءة شروط التعاقد والموافقة عليها ثم كتابة رقم بطاقة الإئتمان الخاصة بالمستهلك والمستخدمة في الدفع في الخانة المخصصة لذلك على صفحة الويب وغير ذلك من الخطوات، فإذا لم يتبع الموجب له هذه الخطوات المحددة سلفًا فلا يكون الموجب ملزمًا بإبرام هذا التعاقد.

المطلب الثاني: الإيجاب الإلكتروني والسلع المتعاقد عليها:

إن السؤال يُثار عن الطبيعة القانونية لحالة إرسال سلع أو منتجات للمستهلك بدون أن يطلبها، ومرفق بها تعليمات بإمكانية إبقاء هذه السلعة طرفه إن شاء مع دفع مبلغ معين أو إعادتها مرة أخرى، فقد يرغب العميل في مجرد الاستعلام عن نوع معين من البضائع أو الخدمات المعروضة على شبكة الإنترنت أو مجرد البدء في التفاوض بشأن إبرام عقد معين ولكنه يفاجأ أن التاجر أو المهني قد أرسل إليه هذه المنتجات دون أن يطلبها على الإطلاق، الأمر الذي يثير مشكلة اعتبار مثل هذا الإرسال إيجابًا أم مجرد دعوة للتعامل أو التفاوض وما هو تصرف المستهلك تجاه تلك المنتجات(١).

فطبقًا للقانون المدني الفرنسي(٢) فإن إرسال المهني أو المحترف السلعة لعميل لم يطلبها يُعتبر من قبيل الإيجاب شريطة أن تكون الظروف المحيطة بعملية الإرسال تدل على ذلك كما قرر هذا القانون نوعين من العقوبات التي تفرض فيما يختص بعملية إرسال البضائع للمستهلك دون طلبها.

ولم يخالف القانون الألماني القانون الفرنسي في ذلك، إذ اعتبر أن إرسال بضائع إلى شخص لم يطلبها من قبيل الإيجاب الصحيح الذي إذا صادفه قبول مطابق أبرم عقد البيع شريطة أن تكون الظروف المحيطة بعملية الإرسال تدل على ذلك(٣).

والقانون الإنجليزي أيد الرأي السابق كذلك حيث نص على أن الشخص الذي يتسلم بضاعة غير مطلوبة يجوز له أن يتعامل معها كصفقة تجارية ويدفع ثمنها أو يحتفظ بها كما لو كانت هدية مجانية، أي أرسلت على سبيل الإهداء أو منحة غير مشروطة ولا يكون هناك أي

---

(١) oliver Hanse & susan Dionne, The New virtual mony, op, cit, p116.

(٢) N. C. pen. Section R653 – 2.

(٣) Michael Chissick & Alistrair Kelman, op, cit, p43.

حقوق للمرسل من قبل المستهلك، أي لا يستطيع طلب ثمن تلك المنتجات أو حتى طلب استعادتها، ولا يعتبر السكوت دليلاً على قبول المستهلك لإتمام التعاقد(١).

وبهذا الخصوص نصت المادة (١٤) من توجيهات المجلس الأوروبي أنه على الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي أن تتخذ الإجراءات المناسبة لمنع هذه الطرق الخاصة بعرض البضائع والخدمات على المستهلك دون سبق موافقته أو طلبها، واعتبار أن عدم رد المستهلك لا يعني الموافقة على قبوله هذه المنتجات.

أما قانون المعاملات الإلكترونية التونسي لعام ٢٠٠٠م فقد نص في الفصل (٢٦) على أنه يحظر على البائع تسليم منتج مشروط بطلب دفع لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك الإلكتروني، وأضاف أنه في حالة تسليم منتج إلى المستهلك لم تصدر بشأنه طلبية لا يمكن مطالبة هذا الأخير بسعره أو نفقات الشحن والتسليم.

وأرى أنه يتضح من العرض السابق بأن في حالة البضائع والخدمات المعروضة عبر شبكة الإنترنت والتي أرسلت للمستهلك دون أن يطلبها على الإطلاق، أي لم يتم التعاقد بشأنها مع المستهلك، فإنه يجب لتحديد عما إذا كان مثل هذا الإرسال يعتبر إيجابًا أم مجرد دعوة للتفاوض، أن يعتد بالظروف المحيطة بعملية الإرسال، وعما إذا كانت هناك معالات سابقة بين الطرفين من عدمه، وقد ذهب مشروع القانون المصري للمعاملات الإلكترونية حيث جاء خاليًا من أي مواد تعالج هذا الموضوع لذلك أرى أن يتنبه المشرع المصري ويضيف مادة خاصة تنظم حالة إرسال سلع للمستهلك لم يتم التعاقد بشأنها ودون أن يطلبها على الإطلاق.

المطلب الثالث: الإيجاب الإلكتروني وتمييزه عن الدعوى للتفاوض:

المعروف أنه ينتج عن المرحلة السابقة على التعاقد الإلكتروني الكثير من صور التعبير عن الإرادة منها ما يُعتبر دعوة إلى التفاوض، ومنها ما يُعتبر إيجابًا تامًا ينعقد به العقد بمجرد قبوله، أي أن الدعوة إلى التفاوض والإيجاب كليهما تعبير عن الإرادة.

وتظهر أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في كون الأخيرة تدل على أن الأمر ما زال في مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثَّم فإن الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد، أما

(١) unsolicited Goods and services Act 1971, ch. 30, amended by Act. 1975.

الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد.

ويُقصد بالدعوة إلى التعاقد هو العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه، أما الإيجاب فهو التعبير عن إرادة باتة ويتضمن جميع عناصر العقد الأساسية[1].

كما يصعب التمييز في الإعلانات عبر شبكة الإنترنت بين ما إذا كان هذا الإعلان إيجابًا بالمعنى القانوني للكلمة، أم مجرد دعوة للتفاوض والتعاقد، وذلك أنه إذا اعتبر إيجابًا وصادفه قبول مطابق فإن العقد الإلكتروني يتم، أما إذا اعتبر مجرد دعوة للتفاوض فإن العقد لا ينعقد، وهو ما يثير التساؤل حول معيار التفرقة بين الإيجاب الإلكتروني والتفاوض.

فيذهب جانب من الفقه إلى أن الفارق بين الإيجاب والدعوة للتفاوض هو فارق وظيفي، فوظيفة الثانية مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، بينما يرمي الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحول إلى عقد متكامل الأركان بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله كذلك إذا كان التعبير الصادر من طرف إلى آخر مجرد دعوة إلى التفاوض، لا تتوافر فيها مقومات الإيجاب فإن الاستجابة لهذه الدعوة لا تمثل قبولاً ينعقد به العقد وإنما تمثل قبولاً للتفاوض عليه[2].

بينما يرى البعض أن الفارق هو وجود النية الجازمة في التعاقد، فيجب لكي يُعد عرض ما إيجابًا أن يخرج هذا العرض من دائرة الدعوة إلى التفاوض ليدخل في إطار الإيجاب، أي أن الأصل هو إعتبار أي عرض يهدف إلى التعاقد هو دعوة للتفاوض ما لم يثبت اعتباره إيجابًا، وهو يكون كذلك إذا إتصفا بصفة مميزة، وهو كونه يعبِّر عن رغبة أكيدة ونية جازمة في التعاقد.

ووفقًا لهذا الرأي فإن الإيجاب يفيد الجزم والبت بنية صاحبه في التعاقد، بينما الدعوة للتفاوض مجرد عرض يتضمن فحسب إرادة أولية ترغب في التفاوض على العقد، ويستخلص قاضي الموضوع هذه النية من عبارات الإيجاب وظروف الدعوى بينما ذهب غالبية الفقه إلى أن التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، فعندما تنتهي المفاوضات

(١) الصدة، عبد المنعم فرج: مصادر الإلتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص١٠١.

(٢) كريم، رجب: التفاوض على التعاقد – دراسة مقارنة –، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠م، ص٨٩، وما بعدها.

ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد، يقوم أحدهما بتوجيه إيجاب للطرف الآخر، فإذا صادفه قبل مطابق إنعقد العقد[1].

ويفرق البعض بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد، فهما ليسا مصطلحين متماثلين بل إنهما مختلفان ولكل منهما مفهوم وهدف مستقل عن الآخر ففي الدعوة إلى التعاقد تتجه إرادة صاحبها إلى عدم التفاوض على العقد نهائيًا، ولكنه يهدف إلى دعوة الناس فحسب إلى التعاقد معه في الحال دون تفاوض، بينما الدعوة إلى التفاوض تتجه إرادة صاحبها إلى الدعوة للدخول في مفاوضات تمهيدية لمناقشة شروط العقد على قدم المساواة.

ويقرر الفقه والقضاء الفرنسي التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد، وتعتبر عملية تفسير العروض الأولية مسألة من إختصاص محكمة الموضوع ولا تخضع لرقابة محكمة درجة أعلى، ويسترشد القانون الفرنسي ببعض المعايير في حالة العرض الذي يكتنفه الغموض، ومنها أنه كلما كان العرض مفصلاً وواضحًا كلما كان احتمال اعتباره إيجابًا أكبر، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما استخدم الموجب عبارات يوسع فيها من حريته ولا تُشير إلى أي إلتزام قبله[2].

ويفرق القانون الإنجليزي بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، والمعيار في ذلك هو أسلوب صياغة العرض والعبارات المستخدمة، فقد لا ترتب العبارات التي يستخدمها أحد الأطراف أي أثر قانوني بين أطرافها بقدر ما تعبر عن مجرد إرتباط أخلاقي فيما بينهم، وقد تعتبر هذه العبارات إيجابًا كلّما كان العرض المقدم محتويًا على تفاصيل مختلفة[3].

أما القانون الأمريكي فأساس التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد هو معيار القطعية حيث يعتبر أنه إذا استوفى العرض المقدم شرط القطعية فإنه يُعد إيجابًا، في حين يصبح الأمر مجرد دعوة للتعاقد إذا لم يتمتع بهذه الصفة، وفي الحالات التي لا يتبين فيها ما إذا كان العرض

---

(١) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، ط٣، ١٩٨١م، ص٢٦٢.

(٢) العبودي، عباس: التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، الأردن، دار الثقافة للنشر، ١٩٩٧م، ص٩٧ وما بعدها.

(٣) بدوي، بلال عبد المطلب: مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقد في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠١م، ص١١٠.

المقدم قاطعًا أم لا، يتم الاسترشاد ببعض الإعتبارات مثل التفاصيل الواردة في العرض وأسلوب الصياغة المستخدم فيه، والمعاملات السابقة.

وقد أقر القانون المدني الألماني أيضًا التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد إستنادًا إلى مدى تداول العرض للعناصر الأساسية المتعلقة بالمعاملة، حيث يعتبر العرض المقدم إيجابًا إذا إحتوى على العناصر الأساسية الخاصة بالمعاملة، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما افتقر إلى هذه العناصر.

وبناءً على ذلك فإنه إذا كانت عناصر عقد البيع مثلاً هي المبيع والثمن فإن التعبير عن الإرادة الذي يتضمن تحديدهما هو الذي يكون إيجابًا بالبيع، وكل تعبير عن الرغبة في البيع عبر شبكة الإنترنت دون تحديد هذه العناصر، لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب بالبيع.

المبحث الثاني

القبول الإلكتروني

القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي يصدر منجزًا بلا قيد أو شرط، وبما أن العقد الإلكتروني يكون في الغالب من عقود الاستهلاك فإن القبول الإلكتروني يكون غير نهائي، ومن ثم فإن العقد غير لازم للمستهلك، وهو ما يشير إلى ضرورة بحث مسألة حق العدول في القبول الإلكتروني، ويجب أن يصدر القبول مطابقًا للإيجاب، والمقصود بتطابق الإيجاب والقبول ليس تطابقهما في كل المسائل التي تدخل في العقد بل تطابقهما في شأن المسائل الجوهرية والرئيسية وعدم إختلافهما في شأن المسائل التفصيلية، وهو ما يثير مسألة غاية في الأهمية وهي إختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني.

ومن هذا فسوف يتم عرض سمات القبول الإلكتروني والتعبير عنه، ثم مشروعية العدول وأخيرًا اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: سمات القبول الإلكتروني والتعبير عنه.

المطلب الثاني: العدول عن القبول الإلكتروني.

المطلب الثالث: اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني.

المطلب الأول

سمات القبول الإلكتروني والتعبير عنه

أولاً: سمات القبول الإلكتروني:

يعرف القبول بأنه «تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب»[1]. وهذا يعني الإجابة بالموافقة على عرض الموجب، وبإضافته إلى الإيجاب يتكون العقل.

بينما القبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون هذا التعريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بُعد، ولذلك فهو لا يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

وهناك شروط عامة يجب توافرها في القبول التقليدي حيث أنه يخضع للشروط العامة المطلوبة في كل تعبير عن إرادة، فيجب أن يكون باتًا ومتصرفًا ومحددًا ومنتج لآثار قانونية، وأن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب قائمًا وأن يطابق القبول.

فإذا كان القبول مطابقًا للإيجاب، ولا يتضمن أي تحفظات أبرم العقد، فالقبول إذن يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة، ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا اعتبر رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا.

ولا يشترط أن يصدر القبول الإلكتروني في شكل خاص أو وضع معين، فيصح أن يصدر عبر وسائط إلكترونية أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، وذلك مالم يكن الموجب قد اشترط أن يصدر القبول في شكل معين.

ثانيًا: طرق التعبير عن القبول الإلكتروني:

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة أو التنـــزيل عن بُعد من خلال تنـــزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الإنترنت وتحميلها على

---

(١) سلطان، أنور: الموجز في مصادر الالتزام، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥م، ص٧٢ وما بعدها.

جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل، ومن طرق القبول الإلكتروني كذلك النقر مرة واحدة بالموافقة على العلامة الخاصة بذلك حيث عبارة «موافق»، ومع ذلك يشترط الموجب في إيجابه، وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول، أن يتم عن طريق النقر مرتين على الايقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة، وفي هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة لا يرتب أثرًا بشأن انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر، وغالبًا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد، وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة جهاز الحاسب الآلي كرقم ونوع بطاقته الإئتمانية، وواضح أن القصد من هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول وإبرام العقد حتى إذا تم منه بالشكل المطلوب كان معبرًا بالفعل عن إرادته الجازمة في القبول[١].

وإذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمنًا، فإن من التصور إمكانية ذلك في القبول الإلكتروني، حيث يتم التعبير صراحة عن القبول عبر الوسائط الإلكترونية المتعددة، وقد يكون ضمنيًا كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه، كالدفع مثلاً عن طريق بطاقات الإئتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري، دون أن يعلم صراحة قبوله فيتم العقد وفق هذا القبول الضمني.

ومع ذلك يذهب الرأي الراجح إلى أن التعبير عن إرادة القبول الإلكترونية لا يكون إلا صريحًا، فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليًا وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد، ووفق هذا الرأي فإنه لا محل للقول بأن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني يمكن أن يكون إشارة متداولة عرفًا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود منه، أو السكوت المقترن بظروف يرجح معها دلالته على القبول.

---

(١) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، الكويت، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م، ص٩٤.

ثالثًا: مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول:

وإذا كان السكوت وفقًا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرًا عن إنشاء الإيجاب فإنه العكس من ذلك قد يصلح أن يكون قبولاً[(١)]. ويثور التساؤل عما إذا كان السكوت يمكن أن يكون تعبيرًا عن إرادة أحد الأشخاص في التعاقد الإلكتروني.

فالأصل أن السكوت في حد ذاته مُجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيرًا عن الإرادة، فالإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي، وليس إرادة ضمنية لأن هذه الإرادة تُستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها، وقد قرر الفقه الإسلامي هذه القاعدة بقوله «لا ينسب لساكت قول»، ولكن استثناء من هذا الأصل فإن السكوت يمكن أن يكون تعبيرًا عن الإرادة، ويعتبر قولاً بناءً على نص في القانون أو إتفاق طرفي التعاقد إذا أحاطت به ظروف ملابسة من شأنها أن تفيد دلالته على الرضاء، كما يُعد السكوت قبولاً إذا إتفق أطراف التعاقد أثناء المفاوضات صراحة على اعتبار سكوت الموجه إليه الإيجاب قبولاً في ظروف معينة، غير أن هذه الحالات الإستثنائية لا يمكن قبولها على علتها في شأن القبول الإلكتروني نظرًا لحداثة التعاقد عبر شبكة الإنترنت فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورًا هامًا وفعالاً في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف، وبالنسبة للإيجاب الموحد لمنفعة الموجب إليه فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أن يقع ثمة إلتزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب فهو فرض غير مألوف على الإنترنت[(٢)].

وكذلك فإنه من الصعوبة – حسبما أرى – اعتبار السكوت الملابس تعبيرًا عن القبول الإلكتروني، كما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين، والذي يحدث كثيرًا عبر شبكة المعلومات الإلكترونية، فإن ذلك لا يكفي من الناحية العملية لإعتبار السكوت قبولاً، إلا إذا كان هناك إتفاق صريح أو ضمني بين أطراف التعاقد على ذلك، وتطبيقًا لذلك فإنه يجوز اعتبار السكوت قبولاً أو رفضًا في التعاقد الإلكتروني بحسب الأحوال، وذلك إذا كانت طبيعة التعامل أو العرف التجاري تدل على ذلك، أو كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين أو إتفاق صريح بينهم، أو أن يقترن السكوت بظروف أخرى يُرجح معها دلالة السكوت على القبول، ومع ذلك لم أجد في أي من التشريعات – بحسب علمي – سواء العربية أو الأجنبية، المتعلقة

---

(١) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٨٠ وما بعدها.

(٢) مجاهد، أسامة أبو الحسن: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص٨٣.

بالمعاملات الإلكترونية أي نص يشير إلى اعتبار السكوت وسيلة يُعتد بها للتعبير عن القبول، واستخلاص القبول يُعد مسألة موضوعية تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة الأعلى.

المطلب الثاني

العدل عن القبول الإلكتروني

أولاً: حق العدول ومبدأ القوة الملزمة للعقد:

إن القوة الملزمة للعقد لا يستطيع بموجبها أيًا من طرفيه الرجوع عنه، فمتى تم إلتقاء الإيجاب بالقبول، وقام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزمًا ولا رجعة فيه، ولكن نظرًا لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول، ومن ثم تعليق إتمام العقد على صدور الإرادة الواعية المستنيرة للعميل، وذلك حتى لا يستفيد مورد السلعة أو الخدمة من قصر الوقت المتاح للمستهلك للنظر في العقد المعروض عليه ليحصل منه على التوقيع بصرف النظر عن احتمالات إعتراض المستهلك على بعض البنود في وقت لاحق على التوقيع حيث تكون لا فائدة من اعتراضه، وهذا يعني تخويل المستهلك حق نقض العقد بعد انعقاده بالإرادة المتفردة، وهو ما يُعد مخالفًا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ولذلك فإن هذا الحكم المخالف لتلك القاعدة يجب النص عليه صراحة إما في إتفاق الطرفين أو في القانون، وقد أقرت الكثير من التشريعات، كالقانون الفرنسي والقانون الأمريكي والقانون الإنجليزي أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر باعتبار أن المستهلك في التعاقد عن بُعد لا يرى المنتج أو السلعة، فقد يتسلم منتجًا لا يتفق والمواصفات المتعاقد عليها، ومن ثم يحق له إرجاع هذا المنتج خلال فترة معينة هي فترة السماح.

ثانيًا: الحق القانوني في العدول عن القبول الإلكتروني:

تقرر هذا الحق للمستهلك بنص المادة ١٢١/٢٦ من تقنيين الإستهلاك الفرنسي التي نصت على أنه: «يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بُعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لإستبداله أو لاسترداد ثمنه دون مسئولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد»، كما نص قانون الإستهلاك على حق المستهلك في الرجوع عن قبوله بالنسبة

لعمليات بيع السندات المالية خلال مهلة سبعة أيام فيما يخص العمليات الأولى، وخمسة عشر يومًا خلال العمليات الأخيرة، وتتضمنها أيام الإجازات والعطلات، كما نص هذا القانون على مهلة ثلاثين يومًا في حالة التأمين على الحياة، ويستثنى من تطبيق هذه النصوص عمليات الإقراض والتأمين وتوظيف الأموال.

إن ممارسة المستهلك لحقه في العدول قد لا يجدي نفعًا من الناحية العملية في بعض الحالات مثل عقود برامج الحاسب، وذلك إذا تم إرسالها بالبريد العادي، وقام العميل بفض الأختام ونزع الغلاف أو تم إرسالها إلكترونيًا إلى ذاكرة الحاسب الخاص بالمستخدم(١).

وإذا كان كل من القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي قد إتفقا على حق العدول إلا أن التوجيه الأوروبي الخاص بالبيع عن بُعد له مجال أوسع حيث يتضمن حق المستهلك في العدول عن المنتجات والخدمات بعكس القانون الفرنسي الذي قصر حق العدول على المنتجات فقط دون الخدمات، ومع ذلك فإن التمتع بهذا الحق ليس مطلقًا، فمثلاً في حالة تنـــزيل برنامج موسيقي أو أغاني من على شبكة الإنترنت وتحميله على جهاز الكمبيوتر الخاص بالعميل ثم يقوم بعد ذلك بنسخ تلك الأغاني واستعمالها يكون العقد قد أُبرم ولا يجوز العدول عنه، وفي هذا الصدد نص التوجيه الأوروبي على أنه «في حالة تنـــزيل البرنامج من على الشبكة فإن العقد يكون قد أُبرم ولا يجوز العدول عنه، مالم يكن هناك إتفاق مسبق بين الطرفين على خلاف ذلك(٢).

أما القانون الأمريكي فإن فترة السماح فيه أطول من القانون الفرنسي، فهي ثلاثون يومًا يحق للمستهلك خلالها أخذ مهلة للتروي والتفكير في إتمام العقد أو إرجاع البضاعة، وتبدأ هذه المدة من تاريخ استلام السلعة أو الخدمة، ولكن هذا القانون مطبق في بعض الولايات دون غيرها، ولاشك أن هذا الحق المخول للمستهلك في الرجوع عن القبول إنما هو تكريس لمبدأ الرد.

كما نص القانون الفرنسي للمعاملات الإلكترونية في المادة (٢٩) على أنه يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في مدة عشرة أيام تبدأ بالنسبة للمنتجات من تاريخ تسلمها

(١) بدر، أسامة أحمد: الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، مرجع سابق، ص١٧٥.

(٢) Council of state, op, cit., p61.

وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد، ولكن القانون التونسي قرر استثناءً على حق المستهلك في العدول، عدم جواز العدول عن الشراء في الحالات الآتية:

١ – عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.

٢ – إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب متطلبات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لإنتهاء مدة صلاحيتها.

٣ – عند قيام المستهلك بنـــزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليًا.

٤ – شراء الصحف والمجلات.

بينما المشروع المصري لحماية المستهلك فقد تبنى حل وسط بين القانون الأمريكي والفرنسي حيث نص في المادة (٨) من المشروع على أنه يحق للمستهلك العدول خلال فترة أربعة عشر يومًا التالية على تاريخ التعاقد على أي سلعة لعيب في الصناعة أو خطأ في المناولة والتخزين أو لعدم المطابقة في المواصفات.

ثالثًا: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني المتضمن حق العدول:

الثابت أن الحق في العدول عن القبول أو العدول عن العقد طبقًا لقانون الاستهلاك الفرنسي يتسم بالصفة التقديرية، فهو حق إداري محض يُترك تقديره لكامل إرادة المستهلك، وفقًا للضوابط القانونية، وهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد، ويُشكل خروجًا على هذا المبدأ. ولذلك ذهب كثير من الفقهاء في شأن تحديد الوصف القانوني للتعاقد مع الحق في العدول[(١)] إلى بعض الأنظمة القانونية التي تتشابه معه مثل البيع بشرط التجربة أو المذاق، والبيع مع خيار العدول، والبيع المُعلق على شرط واقف أو فاسخ، والوعد بالتعاقد، والعقد التدريجي.

ويرى جانب من الفقه أن حق العدول هو إعطاء المستهلك مكنة فسخ العقد الذي

---

(١) حمد الله، حمد الله محمد: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩٧م، ص٢٩.

إرتضاه على عجالة، وهو يُعد إعتداءً على مبدأ سلطان الإرادة في العقود[1].

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن حق العدول هو مهلة قانونية معقولة للتفكير يُرجى إبرام العقد خلالها، وذلك حماية للمستهلك من التسرع في إبرامه[2].

على حين يرى البعض أن العقد الإلكتروني المتضمن حق المستهلك في العدول هو عقد غير لازم، فهو يعتبر في الواقع عقدًا نافذًا لانعقاده صحيحًا وبالتالي منتجًا لآثاره القانونية. ولكنه يتضمن حق العدول لمصلحة المستهلك فيستطيع العدول عنه وفقًا لنظرية العقد غير اللازم لأحد طرفيه[3].

المطلب الثالث

اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني

أولاً: التوافق على المسائل الجوهرية:

إذا كان الأصل أنه يجب لكي يبرم العقد أن يكون القبول مطابقًا للإيجاب، وهذا ما يعني أن الإنفاق على بعض شروط العقد لا تكفي من حيث الأصل لإتمام التعاقد بل يجب أن يتم الإنفاق على جميع مسائل وشروط العقد، ولكن استثناءً من ذلك قرر القانون المدني أن الإنفاق على الشروط الجوهرية تكفي لإنعقاد العقد حتى لو وجدت مسائل تفصيلية تُركت دون إتفاق عليها ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

ويتضح من ذلك أنه يلزم لإعمال حكم هذه المادة توافر ثلاثة شروط هي: أن يتم الإتفاق على جميع المسائل والشروط الجوهرية في العقد، وأن يحتفظ الطرفان بمسائل تفصيلية يؤجلان الإتفاق عليها فيما بعد، وألا يكون إنعقاد العقد معلقًا على هذه المسائل المؤجلة

---

(١) الرفاعي، أحمد محمد: الحماية المدنية للمستهلك – رسالة دكتوراه، القاهرة، جامعة عين شمس، ١٩٩٤م، ص٩٨.

(٢) جمعي، حسن عبد الباسط، حماية المستهلك، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص٤٤.

(٣) رشدي، محمد السعيد: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، الكويت، مؤسسة دار الكتب، ١٩٩٧م، ص١٨٥.

بينهما[1].

وتؤدي التفرقة بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية دورًا مهمًا في مرحلة إبرام العقد، إذ عند الإتفاق تمثل المسائل الجوهرية المقومات التي لابد من وجودها لقيام العقد فتخلف أي مسألة منها يحول دون ميلاده، فلا يرتب الآثار المقصودة، ويجد الأطراف أنفسهم في إطار علاقة قانونية لم تكتمل ولا تعد في نظر القانون عقدًا.

ويُقصد بالمسائل الجوهرية في العقد أركان العقد وشروطه التي يرى المتعاقدان وجوب الإتفاق عليها والتي ما كان ليتم العقد الموعود به بدونها، كما يعتبر من المسائل الجوهرية التي يجب توافرها لانعقاد العقد الأركان الثلاثة اللازمة لقيامه وهي التراضي والمحل والسبب، ولذلك لا يعتبر العرض الصادر عبر شبكة الأنترنت من شخص لآخر بإبرام عقد من العقود إيجابًا بالتعاقد مالم يتضمن تحديد المسائل الجوهرية، فإذا لم يتضمن هذا العرض الإلكتروني تحديد طبيعة العقد وشروطه الجوهرية وأركانه الثلاثة فإنه يُعد مجرد دعوة إلى التفاوض يختلف حكمها عن حكم الإيجاب بالتعاقد.

أما المسائل القانونية فيمكن التمييز بينها وبين المسائل الجوهرية عن طريق معيارين:

المعيار الموضوعي، والمعيار الشخصي. ويقصد بالمعيار الموضوعي ضرورة توافر الإتفاق على الأركان الثلاثة اللازمة قانونًا لإنعقاد العقد وهي التراضي والمحل والسبب، بالإضافة إلى الأركان المحدودة لكل عقد من العقود المسماة، والتي تُحدد ماهية العقد وتميزه عن غيره من العقود، بينما المعيار الشخصي الذي يفرق بين المسائل الجوهرية والثانوية فهو الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والتي يتم الكشف عنها بجميع الطرق ومنها المعاملات السابقة وكذلك الظروف المحيطة بإبرام العقد.

وبناءً على ذلك فإن عرض الأطراف لعناصر العقد الجوهرية فقط دون بيان المسائل التفصيلية فإنه يعتبر إيجابًا حتى ولو لم يتضمن كافة شروط هذا العقد ومن ثمَّ فإن العقد يتم، ويكون الرجوع في شأن المسائل الثانوية للعرف والقواعد التشريعية المكملة المنصوص عليها في التنظيم القانوني الخاص بالعقد إن كان من العقود المسماة وللقواعد المنظمة للنظرية العامة للإلتزام إن كان من العقود غير المسماة، ومن ثَّم فإن إبرام العقد الإلكتروني يتطلب الإتفاق

(١) الأهواني، حسام الدين: النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٩٥م، ج١، بند ١٢٧ وما يليه.

على المسائل الجوهرية فقط دون المسائل التفصيلية، ما لم يُوجد نص أو إتفاق مخالف.

وتحديد العناصر الجوهرية للعقد يختلف بحسب ما إذا كان العقد من العقود المسماة أم الغير مسماة، فبالنسبة للعقود المسماة فإن العناصر الجوهرية يتم إستخلاصها من القواعد العامة والتنظيم التشريعي للعقد ومن الظروف التي تحيط بإبرامه، أما بالنسبة للعقود غير المسماة فإن تحديد العناصر الجوهرية يترك للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا تبين له حدوث إتفاق بشأن هذه العناصر في العلاقة التي يفحصها، فإنه يصدر حكمه مثبتًا إنعقاد العقد وهذا الحكم يكون كاشفًا عن وجوده وليس منشئًا له، ذلك أن القاضي في تحديده للعناصر الجوهرية في العقد، إنما يتحرى الإرادة المشتركة للمتعاقدين للوقوف على حقيقة الغرض اللذان يُريدانه، فهذا التحديد ليس تحكميًا وإنما يستخلصه القاضي من المفاوضات والخطابات المتبادلة، ومشروعات الإتفاقيات الغير ملزمة واتفاقيات المبادئ وغيرها[1]، وطبيعة التعامل والعُرف الجاري ومتطلبات العدالة، فبعد دراسة هذه الرسائل والمستندات وإعطائها التكييف القانوني السليم يقرر القاضي ما إذا كان هناك عقد قد إنعقد أم لا، وقيام القاضي باستكمال العقد لا يُعد متصورًا إلا إذا كان قد انتهى إلى اعتبار أن العقد قد أبرم؛ لأنه إذا لم يكن قد انعقد فلا يوجد أي مبرر لتدخله، فالمتعاقدان ما زالا في مرحلة التفاوض.

ثانيًا: عدم تطابق صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني:

لا يُبرم التعاقد الإلكتروني فقط عبر صفحات الويب، بل يتم كذلك عبر البريد الإلكتروني وفي هذه الحالة الأخيرة قد تثور مشكلة عدم تطابق الإيجاب والقبول[2]. أو بمعنى أخر اختلاف صيغ التعاقد الإلكتروني، حيث يقوم التاجر مثلاً بإرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني تتضمن إيجابًا، ويُشير في هذه الرسالة إلى أنه ملحق بها مرفقات، وهذه المرفقات عبارة عن صيغة معدة سلفًا لشروط وبنود التعاقد فيقوم الطرف الموجب إليه بقبول هذا العرض ويرسل رسالة الكترونية بالموافقة على الإيجاب ولكن وفق شروطه هو الملحقة برسالته، والمعدة سلفًا أيضًا، والتي قد يكون بها شروط وبنود ومصطلحات تختلف عن شروط الصيغة المرسلة من الموجب.

وتظهر هذه المشكلة أيضًا بوضوح في حالة التعاقد بواسطة العقود النموذجية المعدة

---

(١) الصيرفي، ياسر أحمد كمال: دور القاضي في تكوين العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص١٥.

(٢) الصيرفي، ياسر أحمد كمال: دور القاضي في تكوين العقد، القاهرة، مرجع سابق، ص٢٢.

سلفًا الموضوعة على مواقع الويب، وبصفة خاصة بين منشأة تجارية وأخرى حيث يتعذر إدخال تعديل على العرض المُقدم من كل متعاقد، فنجد أن كل منشأة تقرر القبول وفق الشروط المبينة في مُلحق الرسالة الإلكترونية، أن تشترط إحدى المنشآت الإحالة بشأن بنود العقد إلى أحد العقود النمطية الدولية مثال ذلك أن يشترط الطرف الأول في حالة تصدير معدات وماكينات الإحالة بشأن بنود العقد إلى العقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات الصادر عن اللجنة الإقتصادية الأوروبية عام ١٩٥٧م، فيقبل الطرف الآخر، ولكن يشترط الإحالة إلى العقد النموذجي الصادر عن مجلس المساعدات الإقتصادية المتبادلة لدول أوروبا الشرقية (الكوميكون) عام ١٩٦٨م وفي هذه الحالة يثور التساؤل هل يكون العقد الإلكتروني قد أبرم بين الطرفين أم أن القبول الذي يحتوي على شروط مغايرة لشروط الإيجاب يعتبر إيجابًا مضادًا؟ وسبب هذه المشكلة أنه، غالبًا لا يهتم الطرفان بملحقات الرسالة الإلكترونية ومن ثَّم لا يقوم القابل أو الموجب بقراءة ما تتضمنه من شروط وبنود للتعاقد، أو أن ينكر أحد الطرفين حجية ملحقات الرسالة على أساس أن العبرة بالرسالة الإلكترونية الأصلية فقط. ولحل هذه المشكلة يقوم الموجب التاجر غالبًا ببيان أن على القابل – المستهلك غالبًا – أن يوافق على شروط التعاقد وفق الصيغة المعدة سلفًا والملحقة بالرسالة الإلكترونية والمتضمنة الإيجاب أو رفضها بحالتها.

وقد تنبه واضعوا القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لتلك المشكلة فقاموا بإضافة نص على الإعتراف القانوني بالمعلومات التي ترد في ملحق رسالة البيانات الإلكترونية والمشار إليها في الرسالة الأصلية.

وأرى أن العبرة في تحديد إبرام العقد الإلكتروني من عدمه هو بالنظر إلى ما يحتويه ملحق الرسالة من شروط وبنود، فإذا كانت الشروط ثانوية كشرط مكان التسليم أو طريقة السداد، أبرم العقد، ما لم يتضح أن المتعاقدين قد إشترطا بأن العقد لا ينعقد إلا بالإتفاق على المسائل الثانوية، كاشتراط الدفع عبر بطاقات الإئتمان أو بواسطة النقود الإلكترونية، فعندما ترتفع المسائل الثانوية إلى مرتبة المسائل الجوهرية باعتبارها أساسًا لإبرام العقد. الأمر الذي يعني أنه إذا كانت المسائل التفصيلية والموجودة بملحق الرسالة الإلكترونية لم يتعرض لها الطرفان، سواء عن عمد أو إهمال أو تقصير، واقتصر فقط على مناقشة المسائل الجوهرية وتراضيا بشأنها فإنه العقد يُعتبر قد أبرم إعمالاً للقواعد العامة ما لم يُتفق على خلاف ذلك، وهنا يقوم القاضي بإكمال العقد وفقًا لما تقضي به القواعد القانونية المكملة عملاً بنصوص القانون المدني، أما إذا

كانت الشروط جوهرية فإن العقد لا يُبرم، ويعتبر القبول الصادر هو بمثابة إيجاب جديد موجه إلى الموجب يلزمه القبول لابرام العقد.

المبحث الثالث
مجلس التعاقد الإلكتروني

الثابت أن خصوصية العقد الإلكتروني تتمثل في أنه يتم من خلال شبكة إتصال إلكترونية مثل الإنترنت، وينتمي إلى طائفة العقود التي تُبرم عن بُعد، حيث أن التعاقد يكون بين أشخاص متباعدين مكانيًا[١]. ومن ثَّم يمكن إدراج هذا العقد في مصاف العقود بين غائبين كالتعاقد عن طريق الهاتف، ولكن هذا لا يعني حتمًا أن العقد الإلكتروني يتبع هذه الطائفة من العقود، فهناك بعض الأنظمة والقوانين قد إعتبرت أن التعاقد بالتليفون من صور التعاقد بين الحاضرين من حيث الزمان وذلك لأن الأطراف يكونوا على إتصال مباشر[٢]. والبعض الآخر إعتبره وضعًا وسطًا بين حالتي التعاقد[٣].

لذلك سيتم عرض هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية مجلس العقد وفترته الزمنية.

المطلب الثاني: آراء العلماء في تحديد طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني ومناقشتها.

المطلب الأول
ماهية مجلس العقد وفترته الزمنية

أولاً: ما هية مجلس العقد:

يرى أستاذنا عبد الرازق السنهوري أن نظرية مجلس العقد لم تعالج علاجًا خاصًا في الفقه الفرنسي، بينما الفقه الإسلامي قد صاغ لها نظرية بلغت من الإتفاق مدى كبير، فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فورًا، بل له أن يتدبر بعض الوقت ولكن من جهة أخرى لا

(١) محاهد، أسامة: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص٣٤.

(٢) أبو السعود، رمضان: مصادر الإلتزام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣م، ص٥٥.

(٣) العبودي، عباس: التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مرجع سابق، ص١٤٦.

يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقًا مدة طويلة دون الرد على إيجابه فوجب إذًا التوسط بين الأمرين ومن هُنا نبتت نظرية مجلس العقد[1].

إن بيان عما إذا كان التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين يكون من خلال بيان مفهوم مجلس العقد، ومجلس العقد فكرة إسلامية من صُنع الفقه الإسلامي[2]. بمعنى أنه إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

وقد تعددت المحاولات التي تتناول تعريف مجلس العقد سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه المعاصر، فقد عرفه البعض بأنه «مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقض بانتهاء الإنشغال بالتعاقد»[3]. وهذا التعريف ينطبق على مجلس العقد الإلكتروني أيضًا، فالقصد من مجلس العقد منح المتعاقدين مهلة كافية هي فترة إنعقاده للتدبر والتروي في أمر التعاقد، فقد ثبت لهما التفكير والتروي طيلة مجلس العقد وإلى حين إنفضاضه، وهكذا يترتب على فكرة مجلس العقد أن يكون كل من الإيجاب والقبول غير ملزمين طالما لم يتم التلاقي بينهما، فيثبت للموجب خيار الرجوع عن إيجابه، كما يثبت لمن وجُه إليه الإيجاب خيار القبول أو الرفض طالما لم ينفض المجلس[4]. وهو ما يُعرف بخيار المجلس.

كما أن لمجلس العقد أهمية بالنسبة للعقد تتمثل في أنه، بما يحمله من تحديد لمكان وزمان التعاقد، يمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة إذا ما ثار نزاع بشأن العقد وكذلك القانون الواجب التطبيق عليه.

ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين: حقيقي وحكمي[5].

---

(١) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٣١.

(٢) الجمال، مصطفى محمد: القانون المدني في ثوبه الإسلامي – مصادر الالتزام، (بدون بيانات نشر)، ١٩٩٦م، ص١٠٧.

(٣) الشافعي، جابر: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – رسالة دكتوراه، الإسكندرية، كلية الحقوق، ٢٠٠١م، ص١٢٨.

(٤) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: العقد والإرادة المنفردة، الكويت، مرجع سابق، ص٩٥.

(٥) رشدي، محمد السعيد: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مرجع سابق، ص٢٨.

والنوع الأول يُقصد به «مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على إتصال مباشر بحيث يسمع إحداهما كلام الآخر مباشرة حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل. وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولاً أو رفضًا، وإما بانفضاضه دون رد».

أما مجلس العقد الحكمي – أو الإفتراضي – فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه كما هو الحال في العقد الإلكتروني، وإذا كان الذي يفرق بين نوعي مجلس العقد الحقيقي والحكمي هما عنصرا الزمان والمكان، إلا أن عنصر الزمن يبقى هو المعيار الأساسي في التفرقة بينهما، ولذلك يذهب غالبية الفقه[1]. إلى أن معيار التمييز في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين هو في وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به فمعيار التزامن هو ضابط التمييز بين حالتي التعاقد، ففي التعاقد بين حاضرين يختفي هذا الفاصل الزمني ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره.

والثابت أن مجلس العقد يقوم على ركنين هما: الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي وهو الزمان. أي الفترة الزمنية بين صدور القبول والإيجاب، وبتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني نجد أنه مكان إفتراضي لأنه يتم في فضاء إلكتروني ولذلك سارعت لجنة الأونسترال بوضع مشروع قانون العقد الإلكتروني قامت فيه بتحديد مكان إبرام العقد.

أما بالنسبة للزمان فقد تطول الفترة أو تقصر حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد الإلكتروني وعما إذا كان يتم عبر البريد الإلكتروني أو من خلال مواقع الويب أو عن طريق المحادثة أو غيرها.

أما شروط تكوين مجلس العقد الإلكتروني فهما شرطان أولهما حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضورًا إفتراضيًا، وثانيهما بدء الإنشغال بالصيغة.

وبالنسبة لخيار المجلس، فتكون صورته بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني مثلاً، أن لكل واحد من المتعاقدين حق الرجوع طالما كان متواصلاً مع جهاز الكمبيوتر وعبر شبكة الإنترنت، فإن قام عن الجهاز أو أغلقه طواعية واختيارًا أو إنتقل إلى معاملات أخرى أو مواقع

---

(١) تناغو، سمير: نظرية الالتزام، القاهرة، الدار الجامعية، ١٩٧٥م، ص٤٨.

أخرى عبر صفحات الويب سقط الخيار[1]. لأنه في الحالة الأولى قد إفترق الطرفان، وفي الحالة الثانية فقد انصرفا عن موضوع التعاقد إلى غيره.

وخيار الموجب في الرجوع عن إيجابه، وخيار من وجه إليه الإيجاب في القبول أو الرفض وإن كانا لا يمثلان رجوعًا في التعاقد بالمعنى الدقيق، نظرًا لأن التعاقد معهما لا يكون قد تم عن بُعد، إلا أن كليهما يعد عدولاً عن فكرة التعاقد وعن الإستمرار فيه[2].

ثانيا: تحديد الفترة الزمنية لمجلس التعاقد الإلكتروني:

يتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني على حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد وذلك على النحو التالي:

١ — في التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين أي يكون الإتصال بينهما لحظيًا، فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع.

أما إذا كان التعاقد غير مباشر أي غير لحظي، فإن مجلس العقد يبدأ من لحظة إطلاع القابل على المعروض عليه، سواء كان منتج أو خدمة، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت، وإلا رُجع في ذلك إلى الأعراف.

ولكني أرى أنه نظرًا لحداثة التعاقد الإلكتروني لا توجد حتى الآن أعراف تجارية يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن.

٢ — وفي التعاقد عبر الموقع الإلكتروني web سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود، أو عن طريق التنـــزيل عن بُعد فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج المقابل من الموقع.

٣ — أما في حالة التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الإنتهاء من المحادثة.

---

(١) الناصر، عبد الله بن إبراهيم: العقود الإلكترونية. دراسة فقهية تطبيقية مقارنة — بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون والمنعقد بالإمارات العربية في المدة من ١٠ — ١٢ مايو ٢٠٠٣م.

(٢) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص٩٦.

المطلب الثاني

آراء العلماء في تحديد طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني ومناقشتها

قد يتضح من الوهلة الأولى أن التعاقد الإلكتروني عبر شبكات الإتصال هو تعاقد بين غائبين نظرًا لعدم تواجد العاقدين في مكان واحد، ولكن الواقع أن عدم وجود طرفي العقد في نفس المكان لا يعني بالضرورة أن التعاقد يكون بين غائبين فيما يتعلق بزمان إنعقاد العقد فمثلاً في التعاقد عبر الهاتف يتم بين طرفيه منفصلين من حيث المكان، ومع ذلك فإنه يعتبر تعاقدًا بين حاضرين فيما يتعلق بزمان التعاقد[1]. ما دام التعبير عن الإرادة إيجابًا كان أو قبولاً يصل إلى علم الموجه إليه فور صدوره كما لو كان المتعاقدان في مجلس واحد، وعندئذ تُطبق قواعد التعاقد ما بين الحاضرين.

وقد يكون هناك تعاقد بين حاضرين يوجد فيه فاصل زمني بين صدور القبول والعلم به ومع ذلك تُطبق قواعد التعاقد بين غائبين، وذلك في الحالة التي يصدر فيها الإيجاب والمتعاقدان في مجلس واحد، كما لو حدد الموجب ميعادًا للقبول وافترق المتعاقدان ثم أرسل الموجب له القبول بإحدى وسائل الإتصال، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يُعد تعاقدًا بين غائبين تبادل رسائل تُسجل إتفاقًا تم بين حاضرين شفويًا قبل هذا التبادل، فهذه الرسائل ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين وهما حاضران معًا بمجلس العقد.

وقد تعددت الإتجاهات الفقهية بصدد بيان عما إذا كان التعاقد عبر شبكات الإتصال كالإنترنت بين حاضرين أم بين غائبين، وأهم هذه الاتجاهات ما يلي:

١ – يرى البعض أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانًا ومكانًا شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق الهاتف لا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها حيث أصبحت وسيلة التعاقد إلكترونية[2].

ويرى هذا الرأي أن التعاقد الإلكتروني يكون بين غائبين نظرًا لعدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره[3]، هذا

---

(١) مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني – نظرية العقد والإرادة المتفردة، (بدون بيانات نشر)، ط٤، ١٩٨٧م، ص١٨٨.

(٢) رمضان، مدحت عبد الحليم: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٢٠.

(٣) بدر، أسامة أحمد: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص٢٢٥.

بالإضافة إلى إختلاف مكان المتعاقدين[1] أي أن مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني يعتبر مجلس عقد حكمي وتطبق عليه أحكامه، وهو مجلس وصول وعلم الموجه إليه الإيجاب وقبوله له، وأن نقل شبكة الإنترنت للإيجاب ما هو إلا نقل عن طريق وسيلة كالرسول كل ما هنالك أن النقل هنا يتم عن طريق وسيط إلكتروني[2].

وينتهي هذا الرأي إلى أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين.

ويُرجع البعض إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين غائبين على أساس أنه يجعل المستهلك يستفيد من حق الرجوع الذي منحه إياه المشرع في حالة التعاقد عن بُعد.

وأرى أن الرأي السابق قد تجاهل حقيقة هامة، وهي أن التعاقد الإلكتروني قد يتم لحظيًا، أي أن يكون هناك تعاصر بين الإيجاب والقبول، حيث يكون كل من المتعاقدين على اتصال مباشر بالآخر سواء بالكتابة أو الصوت أو الصورة، كما هو الشأن في حال التعاقد عبر البريد الإلكتروني وباستخدام ميكروفون وكاميرا، ففي هذه الحالة يكون عنصر الزمن مُتلاشى إذ لا يستغرق زمن وصول الرسالة الإلكترونية جزءٍ من الثانية، مما يصعب معه إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين غائبين.

٢ – كما أن هناك إتجاه مضاد يرى في التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين حاضرين حيث يكون العاقدان على إتصال مباشر فيما بينهما، فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبان فإنه لا يفصل ما بين صدور القبول والعلم به زمن التعاقد، ويكون مجلس العقد حكميًا لا حقيقيًا فتنطبق عليهم قواعد التعاقد ما بين الحاضرين[3].

ويرى هذا الإتجاه أن التعاقد الإلكتروني ليس تعاقدًا بين غائبين لأن أطراف التعاقد يكونون على إتصال دائم عبر شبكة الإنترنت، قد يتم بالكتابة كما هو الحال بالنسبة لبرنامج فري تيل أو برنامج الحوار، وقد يكون بالصوت كما هو الحال بالنسبة لبرنامج «فوكس وير»، وقد يكون بالصوت والصورة والكتابة وذلك إذا كان الكمبيوتر مزودًا بكاميرا

---

(١) مؤمني، بشار طلال: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه، المنصورة، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣م، ص٨٣.

(٢) الجمال، إبراهيم رفعت: انعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة، القاهرة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥م، ص١١٢.

(٣) رشدي، محمد السعيد: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مرجع سابق، ص٢٩.

وميكرفون كما هو الحال في برنامج مالتي ميديا، الأمر الذي يتحقق به الحضور في مجلس العقد الإلكتروني، ويكون تبعًا لذلك تعاقدًا بين حاضرين حتى ولو كان الحضور اعتباريًا.

٣ – هناك إتجاه ثالث في الفقه يرى أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان(١)، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على أساس أن الأمر يتم بوسيلة سمعية بصرية عبر شبكة الإنترنت كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي إفتراضي ومن ثم يعتبر العقد الإلكتروني تعاقدًا بين حاضرين في الزمان، ولكون طرفي العقد الإلكتروني يتواجدان في دول مختلفة ويتم تنفيذ الإلتزامات إلكترونيًا، كما في الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية، أو بطريق التسليم المادي، فإن العقد الإلكتروني يكون بين غائبين من حيث المكان(٢).

ويضيف البعض أن التعاقد الإلكتروني يشبه التعاقد بالهاتف من ناحية العلم الفوري. لكل طرف بأن قبوله أو إيجابه قد وصل إلى الطرف الآخر، ففي الوقت الذي يرسل طرف رسالته يتم وصولها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالطرف الآخر، وعلى هذا الأساس تأخذ حكم التعاقد بالهاتف، أي التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان.

وطبقًا لهذا الرأي فإن التعاقد الإلكتروني، وباعتباره تعاقد بين حاضرين زمانًا، يستدعي التوسع في مفهوم مجلس العقد واعتباره مجلسًا حكميًا يمتد إلى الزمن المعقول والمناسب الذي يستطيع به الموجب إليه، المستهلك غالبًا، الرد.

ويرى البعض أنه وفقًا لهذا الرأي، فإن التعاقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بُعد أو العقود عبر المسافات، ومن ثم يتميز بطابع خاص هو الطابع المكاني، وهو أنه يتم خارج الأماكن المعتادة لاستقبال العملاء، ويرى أن تعبير المسافة يُفهم على مسارين مسار المكان، ومسار الزمان، فمن ناحية المسافة المكانية يوجد فاصل بين أماكن تواجد المتعاقدين لأن كليهما بعيد عن الآخر، أما المسافة الزمنية فإن عنصر الزمن يتلاشى لأن طرفي التعاقد لا تفصل

(١) سلامة، أحمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص النوعي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٢م، ص٦٩.

(٢) نصير، يزيد أنيس: الإرتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢٧، العدد الثالث، سبتمبر، ٢٠٠٣م، ص١١٤.

بينهما فترة زمنية[1].

ولكن هناك من رفض فكرة إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، وذلك على أساس أن تجزئة مجلس العقد أمر يتعذر الأخذ به، لأن مجلس العقد يتطلّب وحدة المكان وكذلك يتطلب استمرارية زمنية متصلة، وهذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هذه الوحدة الزمنية والمكانية فضلاً عن أن هذا القول يعمل على الخلط بين مجلس العقد الحقيقي وبين مجلس العقد الحكمي كما أنه ليس هناك مجلس عقد مختلط – حقيقي وحكمي – فالمجلس إما أن يكون حقيقًا أو حكميًا، وفكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة مجلس العقد من خلال تجزئة أركانه، حيث يطبق على زمان المجلس أحكام العقد الحقيقي، في حين يطبق على مكان المجلس أحكام العقد الحكمي.

٤ – هناك إتجاه رابع يرى أنه لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد الإلكتروني لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات، التي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول ووصوله إلى من وجه إليه إنما يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونيًا عبر شبكة الإنترنت، حيث يتحقق لهم الإتصال المباشر، فإن غاب الإلتقاء المادي للمتعاقدين، إلا أن هناك نوعًا من الإلتقاء الإفتراضي المتزامن، كما لا ينطبق أيضًا على التعاقد الإلكتروني وصف التعاقد بين غائبين لأن التعاقد بين غائبين يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معًا في حين هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني حيث يكون طرفا العقد على إتصال في وقت واحد، وينتهي هذا الرأي إلى أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة[2].

وأرى أن هذا الرأي ما هو إلا محاولة للهرب من وضع تكييف قانوني لطبيعة التعاقد الإلكتروني.

٥ – ويرى اتجاه خامس أنه بمجرد إدخال القبول في جهاز الكمبيوتر المرسل فإنه يصل في نفس اللحظة عبر شبكة الإنترنت على الجهاز المستقبل، ففكرة الفروق الزمنية التي تفترضها عملية التعاقد بين غائبين، غير متوافرة بالنسبة للعقد الإلكتروني، ولكن هذا لا يعني أن من

---

(١) مجاهد، أسامة: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص٢٣.

(٢) الأباصيري، فاروق: عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص٦١.

وجهت إليه الرسالة قد علم بها لحظة وصولها فقد يكون الكمبيوتر المرسل إليه مغلقًا في هذا الوقت، وقد لا يكون هو مستلم الرسالة الإلكترونية فقد يستلمها أحد مقدمي خدمات الإنترنت التي يبلغها له فيما بعد، وفي كلتا الحالتين يكون هناك فاصل زمني بين إرسال القبول وعلم من وجهت إليه بمحتواها[1].

ووفق هذا الرأي فأرى أننا بصدد تعاقد وسط بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، فلا يمكن إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين حاضرين أو تعاقدًا بين غائبين في جميع الأحوال، إذ أن تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني يعتمد على المعيار المختار في تحديد لحظة إلتقاء القبول بالإيجاب، وهل هذا المعيار هو مجرد وصول التعبير عن القبول إلى موقع الموجب على الشبكة؟ أي وصوله لبريده الإلكتروني مثلاً، أم أن المعيار هو العلم الفعلي بمحتوى تلك الرسالة؟

وينتهي هذا الرأي إلى أن مسألة طبيعة التعاقد الإلكتروني يجب بحث من خلال القانون الواجب التطبيق على العقد[2]. وبالتالي فإن تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني يخضع لقانون العقد، على أساس أن هذا القانون المختار لا يحكم آثار العقد فقط بل يحكم كذلك الشروط الأساسية لتحديد اللحظة التي يرتبط فيها الأطراف بصفة نهائية فإذا لم يتضمن الإتفاق بين طرفي التعاقد تحديدًا للقانون الواجب التطبيق عليه فلا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة المعروض عليها النـــزاع[3].

وأرى أن هناك فارق جوهري بين القبول عن طريق البريد الإلكتروني والقبول بالضغط على زر الموافقة أو عن طريق المحادثة أو المشاهدة، هو أن الإتصال بين مقدم العرض والمتلقي في حالة القبول عن طريق الضغط أو ملامسة زر الموافقة أو عن طريق غرف المحادثة والوسائل المرئية، هو اتصال لحظي في جميع الأحوال، بعكس القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق فيه الإتصال اللحظي نظرًا لأن جهاز كمبيوتر الموجب قد يكون مغلقًا وقت بث رسالة القابل مثلاً، أو أن يكون هناك عطل في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الإتصال اللحظي.

---

(١) شرف الدين، أحمد: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، نادي القضاة، ٢٠٠٤م، ص١١٥.

(٢) حوته، عادل أبو هشيمة: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص١٧٧.

(٣) شرف الدين، أحمد: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص١٥٦.

ومن ثم إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فإننا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة التعاقد اللحظي، بمعنى عدم وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فيكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان.

الحالة الثانية: إذا كان التعاقد غير لحظي فإنه يكون بين غائبين زمانًا ومكانًا، أما إذا كان القبول عن طريق الضغط على زر الموافقة في حالة التعاقد عن طريق أحد مواقع الشبكة أو عن طريق غرف المحادثة أو الوسائل السمعية والبصرية فهنا التعاقد يكون لحظيًا، ويكون التعاقد بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا ويكون العقد الإلكتروني المبرم عن طريق الوسائل السابقة عقدًا بين حاضرين زمانًا وذلك لتعاصر الإيجاب والقبول لتعاصر الإيجاب والقبول.

وخلاصة القول: أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا إلا في حالة التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانًا ومكانًا.

الفصل الرابع

التسليم والتسلم في العقود الإلكترونية

من الثابت أنه يقع على البائع في عقود التجارة الإلكترونية إلتزام أساسي بأن يقوم بكل ما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، كما أنه يقع على المشتري مسئولية تسليم الثمن للبائع، وهذا يُعد إلتزام متبادل بين طرفي العلاقة التعاقدية الإلكترونية مثلها مثل العلاقة التعاقدية العادية، وسيتم بيان أحكام كل من تسليم المبيع وتسلم الثمن في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول

تسليم المبيع في العقد الإلكتروني

يتحقق التسليم عندما يضع البائع السلعة المباعة أو الخدمة تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا الأخير من الانتفاع بها دون عائق، وعلى البائع أن يمتنع على أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق صعبًا وأن يسلم السلعة في الموعد والمكان المحددين.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية قامت بعض الولايات بتعديل قوانين حماية المستهلك بما يتلائم وحمايته في عقود التجارة الإلكترونية، وعلى سبيل المثال فإن تشريع ولاية كاليفورنيا بشأن الأعمال والمهن[1] نص على أن البائع ملزم بأن يرسل للمستهلك السلعة خلال ثلاثين يومًا من تاريخ قيامه بالدفع وفي حالة التأخير عن هذه المدة يقوم البائع بإرسال إشعار كتابي للمستهلك يبين له سبب التأخير، هذا بجانب إلزام البائع بإرجاع قيمة المبلغ المدفوع خلال أسبوع، أو إرسال بضائع بديلة تعادل كفاءة البضاعة المطلوبة أو أفضل منها[2].

وفي هذا الصدد نص أيضًا القانون الفرنسي للمعاملات الإلكترونية في مادته الخامسة والثلاثون على أنه يتعين على البائع، في حالة عدم توفر المنتج أو الخدمة المطلوبة، إعلام المستهلك بذلك في أجل أقصاه ٢٤ ساعة قبل تاريخ التسليم المنصوص عليه في العقد، كما يلتزم البائع بإرجاع كامل المبلغ المدفوع إلى المستهلك.

---

(١) قاسم، محمد حسن: التعاقد عن بُعد – قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥م، ص٢١.

(٢) Oliver – Hdnse & Susan Dionne, op, p116.

وللتسليم في التجارة الإلكترونية صورتين إما تسليم سلعة ما إلى المشتري أو أداء خدمة.

أولاً: إلتزام المعلن بتسليم السلعة:

تنص المادة (٢٠٦) من التقنين المدني المصري على أنه «الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم» ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحق عيني كعقد البيع مثلاً، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن إلتزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع، بل هو أهم إلتزامات البائع الذي تترتب على العقد ولو لم ينص عليه فيه»[(١)].

ونظرًا لأن الإلتزام بالتسليم يتفرع عن الإلتزام بنقل الملكية. فقد كان منطقيًا أن يجعل المشرع تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية فالبائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث بعد التسليم ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلاً من البائع. ومؤدى ذلك أن الإلتزام بالتسليم هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس فقط إلتزام ببذل عناية فما لم يتم التسليم فعلاً لا يكون البائع قد نفذ إلتزامه[(٢)].

وسيتم فيما يلي بيان موضوع التسليم، وكيفيته، وجزاء الإخلال به وذلك على النحو التالي:

أ – موضوع التسليم:

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع، فموضوع التسليم إذن الشيء المباع، والشيء المباع قد يكون سلعة من السلع ذات الكيان المادي المحسوس كالأجهزة الكهربائية أو الإلكترونية... إلخ.

وقد يكون موضوع التسليم أشياء ذات كيانات معنوية أو إعتبارية أي ليس لها وجود مادي ملموس ومن ذلك برامج الكمبيوتر، وقواعد البيانات، والقطع الموسيقية، والأفلام السينمائية، ومعلومات عن أشياء معينة... إلخ.

---

(١) نقض مدني مصري ١٩٣٨/٢/٣م، مجموعة القواعد التي قررها محكمة النقض المصرية، ج١، ص٣٥٣، فقرة ٥٦.

(٢) تناغو، سمير عيد السيد: عقد البيع، الإسكندرية، منشأة المعارف، (د. ت)، ص٢١٩ – ٢٤٥.

ولبيان موضوع التسليم يجب تناول حالة المبيع ومقداره وملحقاته على النحو التالي[1]:

١ – حالة المبيع: إن حالة المبيع التي ينبغي أن يتم تسليمه بها هي حالة المبيع وقت البيع فإذا كان المبيع شيء معين بالذات فينبغي أن يتم تسليم المبيع للمشتري في نفس الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، وذلك إذا كانت السلعة المباعة ذات كيان مادي ملموس، أما إذا كانت هذه السلعة ذات كيان معنوي كالمعلومات مثلاً فيشترط في المعلومات التي تتعلق بالمجال الذي يهتم به المتعاقد والذي من أجله أقدم على إبرام العقد كذلك يجب أن تكون هذه المعلومات شاملة بحيث تغطي تماما المجال محل العقد. فمثلاً العقد المتعلق بتقديم معلومات خاصة بحركة الإستثمار الدولي وحركة البورصة يلزم المورد بأن يقدم كل المعلومات المتعلقة بهذا المجال في جميع الدول[2].

وإلتزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد هو إلتزام بتحقيق نتيجة ولذلك إذا حدث تغير في المبيع فإن حكمه يختلف بحسب ما إذا كان هذا التغير إلى أحسن أم إلى أسوء، فإذا كان التغير إلى أسوء، وادعى المشتري ذلك عند تسلم المبيع أو بعد تسلمه بفترة وجيزة تمكن خلالها من تجربة المبيع. فإن على البائع يقع عبء إثبات أن حالة المبيع لم تتغير لأنه هو الملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت العقد، وعليه يقع عبء إثبات تنفيذ إلتزامه، وذلك سواء كان التغيير الضار بالشيء المباع بفعل البائع وخطئه أو بفعل الغير، أو بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ. لأن إلتزام البائع هو إلتزام بتحقيق نتيجة، ولا يعفي البائع من تحمل المسئولية إلا إذا حدث الفعل الضار بواسطة المشتري، بينما لو تغير المبيع إلى الأحسن وكان ذلك بفعل أجنبي فإن هذه الزيادة تكون من حق المشتري، أما إذا كان التغير قد حدث بفعل البائع فيعامل كمن يبني في ملك غيره وذلك لأن البائع هو ملزم بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، ويعتبر قد أخل بهذا الإلتزام حيث يكون قد غير في حالة المبيع، فيكون من العدل معاملته كمن يبني في ملك غيره.

والمشتري يلتزم بتسليم المبيع ذاته وليس شيئًا آخر ولو كان أفضل منه فلا يجبر المشتري على قبول شيء آخر غير الذي إلتزم به المدين فعلاً، ولو كان هذا الشيء أفضل مما إلتزم به

(١) الرومي، محمد أمين: التعاقد الالكتروني عبر الإنترنت، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤م، ص١١٩.

(٢) الأباصيري، فاروق محمد أحمد: عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت – دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢م، ص٩١.

المدين، وكذلك إذا كان المبيع شيئًا معين بالنوع فإن البائع يلتزم بتسليمه كله إلى المشتري لا بجزء منه فقط، لأن المشتري لا يُجبر على قبول وفاء جزئي بحقه.

ويُلاحظ أن الأحكام السابق ذكرها لا تتعلق بالنظام العام، فهي لا تسري إلا إذا لم يوجد إتفاق على غيرها بين المتعاقدين، وعلى من يتمسك بوجود هذا الإتفاق أن يقوم بإثباته.

٢ – مقدار المبيع: عالجت التشريعات حالة نقص المبيع أو زيادته حيث ذهبت إلى أنه إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذا الضرر بحسب ما يقضي به العرف مالم يُتفق على خلاف ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد، أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدرًا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد وكل هذا مالم يوجد إتفاق يخالفه.

٣ – ملحقات المبيع، يجب أن يشتمل التسليم بالإضافة إلى السلعة ملحقاتها إذا كان لها ملحقات، وقد ذكرت التشريعات ذلك بقولها يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقًا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وعقد المتعاقدين.

وملحقات المبيع هي كل ما أعد بصفة دائمة لإستعمال المبيع رغم أن صياغة المادة توحي بأن الملحقات هي شيء آخر غير ما أعد بصفة دائمة لإستعمال الشيء. ولا تعد من ملحقات المبيع أجزاء المبيع ذاته إذا كان المبيع يتكون من أكثر من جزء فالأجزاء تعتبر من أصل الشيء المبيع وليست من ملاحقه، كذلك لا تعتبر ثمرات المبيع من ملحقاته ومنتجات المبيع من ملحقاته.

ب – كيفية التسليم:

ولفهم كيفية التسليم كان الهام دراسة طريقة وزمان ومكان ونفقات التسليم على النحو التالي[1]:

١ – طريقة التسليم. يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن

---

(١) الرومي، محمد أمين: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص١٢٢ – ١٢٣.

من حيازته والإنتفاع به دون عائق، ولو لم يستولى عليه إستيلاء ماديًا، ما دام البائع قد أعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل المبيع، أو كان البائع قد إستبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية، ويلاحظ أن التسليم في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت يتصور أن يتم على الشبكة وذلك عند التعاقد على شراء أشياء ذات كيان معنوي كبرامج الكمبيوتر وسماع مقطع صوتي موسيقي ومشاهدة فيلم سينمائي، فيتم التسليم من قبل البائع إذا قام البائع بتمكين المشتري من تحميل برنامج الكمبيوتر على القرص الصلب الخاص به، وكذلك إذا قام البائع بعرض الفيلم السينمائي على الإنترنت ومكن المشتري من مشاهدته.

٢ – زمان التسليم. العقد المبرم بين المتعاقدين هو الذي يحدد زمان التسليم، وقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، فإذا لم يوجد إتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الإنتهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف أو طبيعة المبيع.

٣ – مكان التسليم. فقد نص التشريع المصري على أنه «إذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه. ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك»[1].

وطبقًا لهذا النص فإن التسليم يتم في محطة التفريغ حيث يوجد موطن البائع طبقًا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد. كما ينص العقد النموذجي الفرنسي على أنه إذا إتفق على تحمل البائع مخاطر النقل فإنه يلتزم بتعويض المشتري، أما إذا إتفق على تحمل المشتري مخاطر النقل فعليه أن يرسل إعتراضًا للناقل خلال ثلاثة أيام محسوبة من وقت التسليم[2].

٤ – نفقات التسليم. تكون نفقات تسليم المبيع على البائع في الأصل إلا إذا كان هناك إتفاق أو نص بغير ذلك، ومن المعلوم أن البائع هو الطرف المدين بالتسليم في عقد البيع، ويلاحظ أن الضرائب والجمارك يتحملها في الغالب المشتري عبر الإنترنت وليس البائع، ويجب على البائع أن يحدد ثمن السلعة وحدها، ومقدار الضرائب ورسوم الشحن التي يتحملها المشتري حتى يكون المشتري على بينة من أمره فلا يفاجئ بدفع مبلغ كبير قد يفوق ثمن

---

(١) التقنين المدني المصري، المادة ٣٤٦.

(٢) مجاهد، أسامة أبو الحسن: التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص١٠٣.

السلعة.

ثانيًا: الجزاء على الإخلال بتسليم السلعة:

إذا أخل البائع بتسليم المبيع بأي وجه من الوجوه، يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحق به جراء عدم التسليم أو التسليم الناقص أو التسليم في وقت متأخر عن الوقت المتفق عليه، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني.

ويُلاحظ أن التنفيذ العيني يجوز أن يقوم به المشتري بنفسه بعد إعذار البائع وبدون إستئذان القضاء وذلك في حالة الإستعجال على أن يخضع تصرف المشتري لرقابة القضاء، ويلاحظ أن التنفيذ العيني على البائع عند التعاقد عبر الإنترنت يكون فيه صعوبة كبيرة، حيث أن كل من البائع والمشتري غالبًا ما تفصل بينهما مسافات بعيدة، لذلك فالتنفيذ العيني على البائع غير متصور في هذه الصورة من صور التعاقد.

ويلاحظ أخيرًا أنه غالبًا ما يحدد العقد المبرم بين المتعاقدين مكان وزمان ونفقات التسليم وغير ذلك من الشروط، وهناك عقود نموذجية يستعين بهما المتعاقدان عند إبرام تعاقداهم ومن ذلك العقد النموذجي الفرنسي.

ثالثًا: إلتزام المعلن بتقديم الخدمة:

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الإنترنت، ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر الإشتراك في بنوك للمعلومات للحصول على أحدث المعلومات في مجال معين من مجالات العلم ويلاحظ أن الإلتزام بتقديم خدمة بعد الإلتزام مستمر فغالبًا ما يستمر هذا الإلتزام فترة من الزمن، فالإشتراك في بنك المعلومات على الإنترنت ليس عقد لحظي في تنفيذه ولكنه عقد متتابع(١).

لذلك يظل للإلتزام بالتعاون أهميته لحُسن تنفيذ العقد والوصول إلى الغرض المنشود فتعاون العميل مع المورد يقابله الالتزام الأخير بالإستعلام وتقديم النصائح الفنية التي تمكن المتعاقد من الحصول على أفضل خدمة من خلال الحصول على المعلومات التي يحتاج إليها، فمثلاً ينصحه بشراء المعدات اللازمة المناسبة مع عملية البحث في بنك المعلومات وكذلك

---

(١) الأباصيري، فاروق محمد أحمد: عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت – دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية، مرجع سابق، ص٨٩.

الوثائق والمستندات التي يمكن أن تكون دليلاً في هذا الصدد حيث الوصول إلى كل منطقة داخل قاعدة المعلومات، كذلك يجب تدريب وإعداد العميل فنيًا سواء عن طريق إرسال خبراء إلى العميل في محل عمله، أو عن طريق بث دورات تعليمية على الإنترنت(١).

وكقاعدة عامة فإن إلتزام المورد بأداء الخدمة هو إلتزام بتحقيق نتيجة مالم يتضح من نصوص العقد أو طبيعة الإلتزام أن الأمر يتعلق بتحقيق غاية، ولا يستطيع المورد التخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور(٢).

المبحث الثاني

تسليم الثمن في العقد الإلكتروني

يترتب على إلتزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة، التزام المشتري أو العميل بأداء ثمن السلعة أو مقابل الخدمة، ويتم الوفاء عبر شبكة الإنترنت بطريق إلكتروني وقد عرّف مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري ومشروع قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري الوفاء الإلكتروني بأنه: «وفاء بالتزام نقدي بوسيلة الكترونية مثل الشيكات الإلكترونية والكمبيالات الإلكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة.

ويلاحظ أن هناك عقود نموذجية تحدد كافة المسائل المتعلقة بالوفاء الإلكتروني كالعقد النموذجي الفرنسي، حيث يحدد العملة المستخدمة في الوفاء وهي في هذا العقد الفرنك الفرنسي، مدى جواز الوفاء بعملة أجنبية كالدولار أو اليورو أو الإسترليني كذلك يحدد نفقات التسليم وغير ذلك من الأمور كأن ينص العقد على أن السلعة المباعة تظل مملوكة للبائع لحين الوفاء بكامل ثمنها ومصروفات الشحن والجمارك والرسوم(٣).

ويلاحظ أن وجود نظام دفع إلكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت يستلزم نظام مصرفي معد لإتمام عملية الدفع وتسهيلها، كذلك يشترط توافر بيئة تشريعية سواء

---

(١) منصور، محمد حسين: المسئولية الالكترونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣م، ص٩٤، وما بعدها.

(٢) الأباصيري، فاروق محمد أحمد: عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت – دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية، مرجع سابق، ص٩٠.

(٣) الأباصيري، فاروق محمد أحمد: عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت – دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية، مرجع سابق، ص٩٤.

في قانون المبادلات الإلكترونية. أو قانون التجارة أو قانون الصرف تُقر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني، ويرى البعض أن التنظيم القانوني للتجارة في ظل قانون التجارة المصري لا يحول دون قيام البنوك بالوفاء بالأوراق التجارية المعالجة إلكترونيًا أو المطالبة بوفاء قيمتها.

ومن هذا المنطلق سيتم تقسيم هذا المبحث إلى عدة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

النقود البلاستيكية

النقود البلاستيكية عبارة عن بطاقات بلاستيكية ومغناطيسية يصدرها البنك لصالح عملائه بدلاً من حمل النقود[1]. وقد ظهرت البطاقات الإئتمانية لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية قبل الحرب العالمية الأولى، ثم انتقلت بعد ذلك إلى فرنسا في أواخر العشرينات[2]. وهي بطاقات مستطيلة من البلاستيك تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها، وتوقيع حاملها، وبشكل بارز على وجه الخصوص رقمها واسم حاملها ورقم حسابه وتاريخ صلاحيتها، وبفضل هذه البطاقة يستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورًا – نقدًا أو بشيكات – وإنما يكتفي بتقديم بطاقته إلى التاجر الذي يدون بياناتها عادة باستخدام آلة طابعة إلكترونية أو يدويه في فاتورة من عدة نسخ يوقعها العميل ويرسل التاجر نسخة من هذه الفاتورة إلى الجهة المصدرة للبطاقة فتتولى سداد وتقوم الجهة المصدرة في نهاية كل شهر بصفة عامة بسداد القيمة للتاجر وخصمها في نفس الوقت من الحساب الجاري للعميل لديها[3].

وقد بدأ استخدام بطاقات الوفاء لأول مرة لدى محطات البنـــزين، والمحلات التجارية الكبرى، وكانت هذه البطاقات في أول الأمر ثنائية الأطراف – العميل والمنشأة التجارية – وصدرت بعد ذلك بطاقات ثلاثية الأطراف لاستخدامها في مجالات السفر والسياحة، وأول من قام بإصدار هذه البطاقات الثلاثية الأطراف مؤسسة وايزن كلوب، ونود الإشارة إلى أنه

---

(١) منصور، محمد حسين: المسئولية الالكترونية، مرجع سابق، ص١٢٥.

(٢) الشوا، محمد سامي: ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩٨م، ص١٠٥.

(٣) الصغير، جميل عبد الباقي: القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، ص٣٣.

يسود الإعتقاد بأن بطاقات الوفاء والإئتمان مثل الفيزا كارت والماستر كارت، على سبيل المثال هي بطاقات من إبتكار البنوك والمؤسسات المالية.

وأرى أن الصحيح هو أنه تم تصنيع هذه البطاقات من قبل شركات تم تأسيسها لهذا الغرض، وتقوم البنوك بتسويقها لعملائها لإرتباط استعمال هذه البطاقات بالحسابات المصرفية للعملاء.

ويلاحظ أن إلتزام البنك مصدر البطاقة في مواجهة التاجر هو إلتزام مباشر ومستقل عن العلاقة بين البنك مصدر البطاقة وحاملها، ولذلك لا يجوز لمصدر البطاقة أن يثير في مواجهة التاجر أية دفوع ناتجة عن علاقته بحاملها.

كذلك لا يجوز لحامل البطاقة الاعتراض على وفاء مصدر البطاقة إلى التاجر إستنادًا إلى دفوع ناتجة عن علاقته بالتاجر ويلتزم حامل البطاقة كذلك برد ما دفعه للتاجر وفاء للمشتريات التي حصل عليها منه إلى البنك مصدر البطاقة، حتى ولو كان هناك عيب في البضاعة المشتراة، فذلك أمر بين التاجر والمشتري ولا علاقة للبنك به.

المطلب الثاني

بطاقات الدفع

يُفضل البعض تسمية بطاقات الدفع باسم بطاقة الوفاء وتخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع أو خدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حساب العميل إلى حساب التاجر، ويُلاحظ أن هذه البطاقة تعتمد على وجود أرصدة فعلية للعميل لدى البنك، لذلك فهذا النوع من البطاقات لا يتضمن أي نوع من أنواع الإئتمان، ومثال ذلك النوع من البطاقات بطاقة "paCarte Bleu" وهي ترجمة فرنسية للإسم المعروف عنها وهو البطاقة الزرقاء، ويُلاحظ أن الوفاء عن طريق هذه البطاقة قد يتم بطريقة يدوية، وقد يتم بطريقة أوتوماتيكية.

فبالنسبة للطريقة الأولى يتم الوفاء عن طريق تقديم العميل بطاقته للتاجر الذي يأخذ جميع بياناتها بالتفصيل ويدونها عنده، ويصدر التاجر الفاتورة بقيمة السلعة البطاقة وإحداهما يأخذها العميل والأخيرة يحتفظ بها التاجر لديه.

أما الطريقة الأوتوماتيكية فتتم عن طريق تقديم العميل بطاقته إلى التاجر فيمررها في

جهاز خاص للتأكد من صحة بيانات البطاقة، ووجود رصيد كافي، ويتحصل التاجر في الغالب على هذا الجهاز من البنك المصدر للبطاقة[1].

المطلب الثالث

بطاقات الصرف البنكي والشيكات والسحب الآلي

هناك عدد من البطاقات التي تستخدم في تسليم قيمة المبيع الإلكتروني ومن أبرزها ما يلي:

أولاً: بطاقة الصرف البنكي CHARGE Cards:

يطلق أيضًا على بطاقة الصرف البنكي بطاقة الصرف الشهري، وذلك لأن فترة الإئتمان في هذه البطاقة لا تتجاوز شهر من تاريخ السحب، فيتعين على العميل أن يسدد أول بأول خلال الشهر الذي تم فيه السحب[2].

ثانيًا: بطاقات الشيكات CHEGUE guarante card:

تصدر البنوك هذا النوع من البطاقات لعملائها من حاملي الشيكات ويضمن البنك بمقتضى هذه البطاقات الوفاء – في حدود معينة – بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها وعليه يتعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد التجار إبراز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك وعلى التاجر أن يتحقق – بطبيعة الحال – من مطابقة البيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك[3].

ثالثًا: بطاقة السحب الآلي (A. T. M). Cash Card:

يتم إصدار هذه البطاقة من جانب البنك للعميل رغبة في عدم وجود زحام على شباك الصرف، وكذلك لتمكين العميل من صرف المبلغ الذي يحتاجه خلال الفترة التي يكون البنك فيها مغلقًا، فعن طريق إدخال هذه البطاقة في الصراف الآلي الخاص بالبنك وإدخال الرقم السري وهو يتكون في الغالب من أربعة أرقام عن طريق الضغط على لوحة المفاتيح الموجودة بجهاز الصرف الآلي يظهر على شاشة الجهاز عدة إختيارات للعميل، بحيث يستطيع عن طريق

---

(١) الرومي، محمد أمين: التعاقد الالكتروني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٢) منصور، محمد حسين: المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص١٢٥ وما بعدها.

(٣) الصغير، جميل عبد الباقي: القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص٣٥.

الأرقام الموجودة بجهاز الصرف الآلي أن يحدد المبلغ المراد سحبه، ويحرر جهاز الصرف الآلي «فاتورة أو كشف حساب» بالأموال المسحوبة من قبل العميل مبينًا فيها مكان وتاريخ الإئتمان، وذلك لأن العميل يسحب نقود من رصيده لدى البنك.

رابعًا: البطاقة الذكية Smart Card:

البطاقة الذكية هي عبارة عن بطاقة بلاستيكية ذات مقاييس ومواصفات معينة ومحددة من قبل منظمة (I S O) وتحتوي هذه البطاقة على رقائق إلكترونية قادرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل الإسم والعنوان والمصرف المصدر لها وأسلوب الصرف والمبلغ المنصرف وتاريخه وتاريخ حياة العميل المصرفية[1].

فهي عبارة عن كمبيوتر متنقل وتمتاز هذه البطاقة بحماية كبيرة ضد التزوير أو التزييف أو سوء الإستخدام من قبل الغير، كما تمتاز كذلك بأنها قادرة على تخزين المدخل البيولوجي، ويعني هذا المصطلح الوسائل التي يمكن عن طريقها التعرف على السمات الشخصية للفرد وذلك بمسح شبكية العين وهندسة اليد وبصمة الأصبع والشفاة والصوت وأنسجة الأوردة، وهي تُعد ذكية مثل بطاقة تحقيق الشخصية التي تصدرها مصلحة الأحوال المدنية، وقد تستخدم كجهاز مرور مثلما حدث في سنغافورة.

المطلب الرابع

بطاقة الإنترنت

أصدرت شركة ماستر كارد، وفيزا كارد بطاقة إئتمان خاصة بالتسويق والتسوق عبر الإنترنت، كما قامت معظم البنوك العالمية والمحلية بإصدار هذا النوع من البطاقات وتحمل هذه البطاقات عادة رقم سري مُشفر باستخدام نظام (Set) لتأمين المعاملات على شبكة الإنترنت، ولهذه البطاقات حدين أدنى وأقصى، كما أن معظم البنوك قامت بإيقاف استخدام البطاقة الإئتمانية العادية الصادرة من خلال مصارفه في عمليات الشراء عبر الإنترنت، وقصرها على هذه البطاقة اعتبارًا منذ مطلع القرن الثاني والعشرون[2].

---

(١) رضوان، رأفت: عالم التجارة الالكترونية، القاهرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ١٩٩٩م، ص٥٤.

(٢) حامد، هند محمد: التجارة الالكترونية في المجال السياحي، (بدون بيانات ناشر)، ٢٠٠٣م، مرجع سابق، ص١٢١.

ويُلاحظ أن بطاقة الإنترنت تتميز ببعض المميزات منها على سبيل المثال ما يلي:

١- أنها لا تستخدم في عملية الشراء المباشر، وإنما يقتصر استخدامها على الشراء أو التسويق عبر الإنترنت.

٢- هذا النوع من البطاقات محدد بمبلغ صغير نسبيًا، وهذا الشرط يقلل من المخاطر التي قد يتحملها مستخدم البطاقة إذا ما تم التعرف على رقم البطاقة واستخدامها بدون إذنه في شراء سلع وخدمات.

٣- يلاحظ أن هناك بعض المواقع على شبكة الإنترنت تقدم خدمة مشابهة للخدمة التي تقوم بها هذه البطاقة، ويسمى ذلك النظام بالحسابات الشخصية مسبوقة الدفع.

وفيها يقوم العميل بفتح حساب خاص له على أحد هذه المواقع بمبلغ صغير قد لا يتعدى الخمسة دولارات، وبعد أن يتم قبول العميل، ويتم تسجيله ضمن عملاء الموقع يحدد العميل لنفسه اسم للإستخدام "user id" وكلمة السر "password" ويُمنح رقم حساب خاص به من مستر كارد وتاريخ إنتهاء العمل به، وبإستخدام كل منهما يستطيع العميل شراء أي سلعة أو خدمة يريدها من أي موقع على شبكة الإنترنت يقبل التعامل ببطاقات ماستر كارد، وقد تم تطوير هذه الخدمة خصيصًا للعملاء الذين لا يرغبون في التعامل ببطاقات الإئتمان الخاصة بهم أو بحساباتهم الخاصة على شبكة الإنترنت، ومن المواقع التي تقدم هذه الخدمة موقع يعرف باسم "E – Caunt". وقد أعلنت البوابة العربية «أرابيا دوت كوم» مؤخرًا أنها ستقوم بتوفير خدمات الإتصال بالإنترنت للمستخدمين في المملكة العربية السعودية عبر بطاقات مسبقة الدفع، تبلغ قيمة البطاقة سبعون ريالاً، ولإستخدام البطاقات المدفوعة سيكون على المستخدمين طلب الرقم الهاتفي المدون على ظهر البطاقة والنفاذ إلى الخدمة بواسطة رقم هوية المستخدم وكلمة السر اللتان تظهران بعد مسح المساحة الفضية على ظهر البطاقة، وستتوفر البطاقات المدفوعة على قرص مدمج مجاني يتضمن مجموعة من البرامج وعلى رؤوسها برنامج للمراسلة الفورية يشتمل على نظام مراسلة فورية ثنائي اللغة بالعربي والإنجليزي، ويمتاز بكونه متوافقًا مع برامج المراسلة الفورية من الياهو، وآي سي كيو، وإم إس إن[(١)].

---

(١) انظر: مجلة ويندوز الشرق الأوسط، عدد يوليو، ٢٠٠٢م، ص٨١.

المطلب الخامس

بطاقة الإئتمان

تعطي الجهة المانحة للبطاقة العميل إمكانية شراء سلع أو خدمات باستخدام بطاقة الإئتمان، بحيث يحصل التاجر على ثمن من البنك الذي يتولى تسويق البطاقة ثم يقوم البنك بعد ذلك بمطالبة العميل بالسداد مع وضع فائدة أو مصاريف تُعد (١٥%) من إجمالي الثمن.

ويُلاحظ أن البنوك لا تمنح هذه البطاقات للعملاء إلا بعد التأكد من ملائته وذلك بأن يكون للعميل ودائع تكون ضامنة للمبلغ الذي يمكن سحبه عن طريق بطاقة الإئتمان، وإما أن يصدر البنك البطاقة لموظف عام بضمان راتبه، ويُلاحظ أن لكل بطاقة حد للسحب لا يجوز للعميل تجاوزه في الدفع أو السحب وذلك طبقًا لتعليمات البنك وتتضمن بطاقة الإئتمان صورة للشخص صاحب البطاقة وكذلك علامة مميزة للهيئة الدولية التي تعطي التصريح للمؤسسات المالية بإصدار البطاقات والتي عن طريق فحصها يمكن التأكد من أن بطاقة الإئتمان سليمة وغير مزورة، ويُطلق على هذه العلامة – الهولوجرام – كذلك تتضمن البطاقة شريط توقيع وهو المكان الذي يقوم حامل البطاقة بالتوقيع عليه عند تسلمه البطاقة، ويمكن للتاجر أو الصراف التحقق من هوية حامل البطاقة عن طريق مضاهاة هذا التوقيع على توقيع حامل البطاقة، على إشعار البيع أو الصرف، وتتضمن بطاقة الإئتمان كذلك رقم التمييز الشخصي وهو ما يسمى بالرقم السري، وهذا الأخير يتكون من أربعة أرقام ويُسلم هذا الرقم في مظروف مُغلق عند إستلامه للبطاقة ويستخدمه عند السحب النقدي من الصراف الآلي، وينبه البنك على العميل بعدم الإحتفاظ بالرقم السري والبطاقة في مكان واحد حتى لا يتعرض العميل لضياع أمواله إذا فقدت البطاقة أو سُرقت ومعها الرقم السري، فيتمكن أي شخص من استعمال البطاقة وسحب الرصيد.

وأرى أنه يجب التنويه إلى أنه بالرغم من اعتبارات بطاقات الإئتمان من ضمن النقود البلاستيكية إلا أنها ليست من النقود التي تصدرها الدولة والتي تتمتع بحماية قانونية في حال تزيفها.

ويحتاج التاجر لكي يستطيع أن يقبل سداد مقابل السلع والخدمات بإستخدام بطاقة الإئتمان توافر عاملين[١]:

(١) الرومي، محمد أمين: التعاقد الالكتروني عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص١٣٩.

الأول: فتح حساب تجاري بأحد البنوك internet merchant Acount

ويُلاحظ أن البنوك تقوم بإنتقاء الأشخاص الذين تمنحهم حسابات تجارية من ذوي السمعة التجارية الطيبة وذلك حتى لا يجد البنك نفسه ملزمًا بوفاء إلتزامات التاجر تجاه العميل حامل بطاقة الإئتمان في الوقت الذي يكون فيه التاجر من المحتالين.

الثاني: أن يتوافر لديه مدخل الدفع الآمن Payment gateway

ويعمل هذا النظام على نقل البيانات الخاصة ببطاقة الإئتمان وكذلك كافة المعلومات المتعلقة بعملية الشراء من الموقع الخاص بالتاجر على الإنترنت إلى معالج بطاقة الإئتمان بصورة آمنة، وهو عبارة عن طرف ثالث يعمل ما بين شركة الإئتمان والتأكيد من صلاحية بياناها ومن أنها غير مزورة، وبعد ذلك يتم الموافقة أو التصديق على العملية البيعية، كما يقوم معالج الإئتمان بتحويل المبلغ المستحق للتاجر إلكترونيًا من حساب المشتري إلى الحساب الخاص بالبائع.

وقد ظهرت العديد من المواقع على شبكة الإنترنت تقوم بمساعدة التاجر في الحصول على حساب تجاري خاص به، وكذلك على مدخل للدفع الآمن في خلال ٤٨ ساعة فقط، مقابل دفع مبلغ معين أو نسبة معينة، ويجب على التاجر أن يقوم باستخدام إحدى وسائل التأمين التي تعتمد على نظام التشفير السابق ذكرها، وقد يستخدم التاجر بعض الأنظمة التأمينية التي لا تنتمي لنظام التشفير ومنها على سبيل المثال:

١ – طلب الشراء على مرحلتين tow stage order operation

وفيها يقوم التاجر باستقبال طلب العميل بالشراء عن طريق شبكة الإنترنت ثم يقوم العميل بعد ذلك بإرسال رقم بطاقته الإئتمانية للتاجر عن طريق وسيلة إتصال أخرى كالفاكس أو التليفون أو البريد.

٢ – طريقة الأجزاء pieces

وفيها يقوم العميل بإرسال بياناته للتاجر على أجزاء وعلى فترات فمثلاً يُرسل له طلب شراء السلعة ثم بعد فترة يرسل له رقم بطاقته الإئتمانية ثم بعد فترة يُرسل له الكمية التي يريد شرائها... وهكذا[1].

---

(١) حامد، هند محمد: التجارة الالكترونية في المجال السياحي، مرجع سابق، ص١٠٣.

المطلب السادس

الوسائط الإلكترونية المصرفية والنقود الإلكترونية

أولاً: الوسائط الإلكترونية المصرفية:

هناك العديد من الوسائط الإلكترونية المصرفية والتي تستخدم في عملية الوفاء الإلكتروني ومن أبرز هذه الوسائط الهاتف المصرفي، وخدمة المقاصة الإلكترونية المصرفية والإنترنت المصرفي وسوف يتم بيان أبرز هذه الوسائط وهو الهاتف المصرفي.

فالهاتف المصرفي هو نوع من الخدمات المصرفية التي تُقدم للعملاء على مدار الـ ٢٤ ساعة طوال اليوم بدون إجازات، ويستطيع العميل فيها أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها عبر الإنترنت إلى البائع، ويتم ذلك بعد التأكد من شخصية العميل عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بالعميل "pin number" والمُعطى له من قبل البنك، والتعرف كذلك على رقم هاتف العميل، وأنه يجري الإتصال من هاتفه المعروف لدى البنك مسبقًا.

ويتم الإتصال بالبنك إما عن طريق الهاتف العادي أو الموبايل، وهناك خدمة ظهرت حديثًا وهي شراء السلعة أو الخدمة وإضافة ثمنها على فاتورة الهاتف الموبايل[(١)].

وأرى أن الدفع عن طريق الموبايل سوف ينتشر بسرعة كبيرة وستحل شركات الهاتف المحمول أو الجوال محل البنوك في عمليات سداد ثمن السلعة أو الخدمة المشتراه عبر الإنترنت.

ثانيًا: النقود الإلكترونية:

النقود الإلكترونية أو الرقمية هي نوع جديد من العملة، وتُعد بديل إلكتروني للنقود قابل للتخزين والتداول مع عدم قابلية تزيفه، فالنقود الإلكترونية ليست نقودًا ذات طبيعة مادية كالدولار أو اليورو، ولكنها عبارة عن أرقام يتم نقلها من الكمبيوتر الخاص بالبنك إلى الكمبيوتر الخاص بالمشتري ومنه إلى الكمبيوتر الخاص بالبائع عن طريق القرص الصلب المثبت على جهاز الكمبيوتر.

ويقوم المشتري بالحصول على النقود الإلكترونية من البنك وتكون هذه العملات غالبًا

---

(١) حامد، هند محمد: التجارة الالكترونية في المجال السياحي، مرجع سابق، ص١١٧.

فئة صغيرة، وللنقود الرقمية صورتان[1]:

إحداهما: هي نقود مجهولة المصدر وفيها يستطيع العميل أن يشتري أي سلعة أو خدمة من على شبكة الإنترنت عن طريق إصدار أمر إلى الكمبيوتر الخاص به بدفع قيمة مشترياته بالنقود الإلكترونية المسجلة على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص به وذلك دون أن يعلم البائع أو البنك شخصية العميل، وبمجرد إصدار الأمر للكمبيوتر من خلال البنك المصدر لها، ويقوم بتحميلها على الكمبيوتر الخاص بالبائع، ويستطيع البائع بعد ذلك أن يحول النقود الإلكترونية التي أُضيفت لحسابه إلى نقود حقيقية.

ثانيهما: نقود رقمية ضئيلة القيمة، وهي عبارة عن نقود إلكترونية تمثل فئة نقد ضئيلة القيمة كالسنت والهللة والقرش، وتستخدم هذه النقود في شراء السلع المحدودة القيمة على شبكة الإنترنت كالألعاب الإلكترونية وبرامج الكمبيوتر... إلخ.

المطلب السابع

الشيكات الإلكترونية

الشيك الإلكتروني عبارة عن بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن وتتضمن هذه البيانات، البيانات التي يحتويها الشيك البنكي مع تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من أصدر الشيك وتوقيع مصدر الشيك ويكون توقيع مصدر الشيك الإلكتروني عن طريق رموز خاصة.

والتوقيع الإلكتروني هو «ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره».

تعريف هام للتخليص الانجليزي:

وتعتمد الشيكات الإلكترونية على وجود وسيط بين المتعاملين ويطلق عليه «جهة التخليص»، ويتم استخدام الشيك الإلكتروني في عملية الوفاء بأن يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب لدى بنك محدد ويقوم المشتري بتحرير الشيك الإلكتروني وتوقيعه الكترونيًا وبمجرد توقيع الشيك إلكترونيًا يندمج التوقيع في الشيك ويصبح كل منهما جزء

---

(١) منصور، محمد حسين: المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص١٢٦.

واحد لا يمكن لأحد من الأشخاص أن يفصل التوقيع عن الشيك ويمكن أن يكون كل من الشيك والتوقيع مشفرين، بحيث لا يستطيع أحد من المطفلين على الشبكة معرفة مضمون الشيك أو التعرف على التوقيع، وممكن أن يكون مضمون الشيك معروف بحيث يمكن لأي شخص معرفة محتوياته ولكن يظل التوقيع مشفرًا ولا يمكن بأي حال من الأحوال قراءة بياناته.

بعد ذلك يقوم المشتري بإرسال الشيك إلى البائع – المستفيد – عن طريق البريد الإلكتروني، ثم يقوم البائع بعد ذلك بتوقيع الشيك الإلكتروني عن طريق التوقيع الإلكتروني الخاص به باعتباره المستفيد من الشيك، ثم يرسل البائع الشيك إلى البنك الذي يقوم بمراجعة الشيك والتحقق من التوقيعات وتوافر الرصيد اللازم لإتمام عملية الشراء، وبعد التأكد من كل هذه الأمور يقوم البنك بإخطار كل من البائع والمشتري بأن العملية قد تمت.

وأرى بناءً على ما سبق أن جميع هذه الصور تُعد طريقة إلكترونية ميسرة وبسيطة لدفع ثمن السلعة التي تم التعاقد عليها عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة أو التقليدية، وقد انتشرت هذه الوسائل في الفترة الأخيرة وذلك لما تتطلبه التجارة وعمليات البيع والشراء من سرعة في التعامل بين البائع والمشتري وإختصارًا للنفقات التي يتكبدها أحد الطرفين أو كليهما في الإنتقال والإقامة ناهيك عما يُهدر من وقت يمكن توفيره إذا كان البيع قد تم دون انتقال أي من الطرفين إلى نظيره.

الباب الثاني
إثبات العقد الإلكتروني وحل النزاع

الباب الثاني

إثبات العقد الإلكتروني وحل النزاع

الفصل الأول

وسائل الإثبات وحجيتها في العقود الإلكترونية

من الثابت أن النجاح في مجال التجارة الإلكترونية يحتاج إلى تطوير التشريعات القائمة التي صيغت نصوصها على أساس استخدام الأوراق في كتابة العقود، وضرورة توقيع هذه العقود من المتعاقدين مما يستلزم وضع الضوابط القانونية حتى يمكن تهيئة المناخ المناسب لنمو تلك التجارة وإزالة ما يفرضها من صعوبات قانونية، ولما كانت المعاملات الإلكترونية تعتمد أساسًا على وسائل الإتصال وأجهزة الكمبيوتر فقد اهتمت الدول بوضع تنظيم قانوني لتلك المعاملات، كما اعتمدت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي المسمى «باليونسترال» مشروع قانون نموذجي بشأن التجارة الالكترونية في عام ١٩٩٦م، وأوصت الدول بالأخذ بعين الإعتبار عند تطوير التشريعات الوطنية المنظمة لإستخدام بدائل الأشكال الورقية للإتصال، ببدائل رقمية وتخزين المعلومات.

مما سبق يتضح أن هذا القسم يحتاج إلى دراسة وبيان من حيث التوقيع والكتابة الإلكترونية، وحجية كلاهما في العقود الإلكترونية ونطاق تلك الحجية في الإثبات وذلك من خلال مباحث ثلاث:

المبحث الأول: الكتابة والتوقيع الإلكتروني.

المبحث الثاني: حُجية الكتابة والتوقيع في العقود الإلكترونية.

المبحث الثالث: نطاق حُجية وسائل الإثبات الإلكترونية.

المبحث الأول

الكتابة والتوقيع الإلكتروني

إن وسائل الإثبات وأساليبه جاءت وليدة الواقع العملي، وتعبيرًا عما تعارف عليه الناس في معاملاتهم، ولم يفرضها المشرع عليهم بل اكتفى بتقريرها وتقنينها، وقد درج الناس على الكتابة التقليدية لإثبات تصرفاتهم لثقتهم فيها كوسيلة تتسم بالثبات ويصعب التلاعب بها أو

تزويدها بطريقة خفية، حيث يسهل إكتشاف ذلك من خلال النظرة الظاهرة.

وكشف التطور المعاصر عن ظهور شكل حديث للكتابة والمحررات والتوقيع، وهو الأسلوب الإلكتروني عبر الحروف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها، فتكنولوجيا المعلومات، بما تتسم به من مستوى فني رفيع، وأصبح لها مكانة هامة ومتزايدة في مجال الإثبات، حيث يتم حفظ ومعالجة المعلومات والبيانات عبر المستندات والمحررات المعلوماتية مثل الشرائط الممغنطة وشرائط الفيديو وتسجيلات الحاسب الآلي والمصغرات الفلمية لمستخرجاته[1].

وقد اهتزت الكتابة العادية وطرق الإثبات التقليدية في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث أصبح الضغط على «الفأرة» وسيلة للتعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد، وتجلت معالم التوثيق والكتابة والتوقيع الإلكتروني في هذا المجال وأصبحت واقعًا ملموسًا أقرته التعديلات التشريعية في النظم القانونية المعاصرة.

ويتم استخدام طرق التقنية العلمية الحديثة كوسيلة للإثبات، بدلاً من الكتابة في مجال المواد التجارية عامة والمعاملات البنكية بصفة خاصة، كالدفع الإلكتروني، وسحب الأموال بالبطاقات الذكية والبنكية من أجهزة الصراف الآلي، ونقل الأموال من حساب لآخر أو جهاز لآخر دون حاجة إلى أوراق موقعة.

فالتقدم العلمي والتقني له تأثيره البارز على تطوير القواعد القانونية، حيث أصبح التواصل وتبادل الرسائل والصور بين أبناء الكرة الأرضية أمرًا يسيرًا عبر الزمان والمكان، من خلال التزاوج الذي تم بين المعلوماتية وأدوات الإتصال السلكية واللاسلكية والذي أثمر مولودًا عملاقًا وهو الإنترنت الذي حول الكرة الأرضية إلى قرية صغيرة، فتلاشت المسافات، وأصبح بوسع الإنسان رصد كل ما يجري من أحداث على الأرض، والتجول عبر النت لإبرام الصفقات وشراء السلع والخدمات، وباتت الذبذبات والشفرات والمفاتيح السرية والأرقام الإلكترونية عبر الشاشة هي وسيلة إنجاز تلك المعاملات بدلاً من الأوراق والسجلات المدونة والتوقيع بالأحرف ولم يعد استخدام الحاسب ووسائل الإتصال الحديثة مثل التلكس والفاكس والإنترنت قاصرًا على الحكومات والمشروعات الكبرى والبنوك، بل إمتد ذلك ليشمل نسبة

---

(١) Brahan, preuvee elctronigue, petites affiches, 19 Fever, 2002.

كبيرة من الأفراد في المجتمع، وأمام هذا التطور المتزايد لوسائل التكنولوجيا الحديثة وهيمنتها على كافة جوانب الحياة المعاصرة، بما فيها الجانب القانوني، بات من الضروري تطوير وسائل الإثبات التقليدية، وعدم الإقتصار على المحرر الورقي والتوقيع بالأحرف، بل استيعاب المحررات الإلكترونية التي تعتمد على دعامات غير ورقية مصحوبة بالتوقيع الإلكتروني فالقانون ظاهرة اجتماعية يستهدف تنظيم الحياة في المجتمع ويتجاوب مع كامل العوامل المؤثرة فيه[١].

وقد إكتسبت وسائل الإثبات الإلكتروني مكانة هامة في مجال المعاملات التجارية التي تقوم على مبدأ حرية الإثبات، وبدأت التشريعات الدولية في الإعتراف بها ومساواتها بطرق الإثبات التقليدية وأصبح كل من المحرر والتوقيع الإلكتروني يحظى بنفس حجية المحرر والتوقيع التقليدي.

إن تزايد كم البيانات المعلومة المدونة عبر الأوراق والمستندات والكتب وتضخم حجمها وتراكمها يثير مشكلة كبيرة في حفظها وتخزينها لفترة طويلة، حيث يصعب إيجاد المكان الكافي والملائم لدى المنشآت، وهو ما يُطلق عليه بالأرشيف الذي يحتاج لمساحات كبيرة يتعذر توفيرها، لذا جاء الحاسب الآلي ليساهم في تلك المشكلة حيث يحفظ المعلومات بداخلة، دون حاجة إلى حيز أو حكم كبير وظهرت فكرة السجلات والإرشيف الإلكتروني.

ومما لاشك فيه أن الأسلوب الإلكتروني في الكتابة والمحررات والتوقيع يصلح كوسيلة لإثبات جميع التصرفات القانونية في كافة المعاملات المدنية والتجارية، ولكن التساؤل يثور بالنسبة للحالات التي يتطلب القانون فيها الكتابة كشرط لإنعقاد التصرف يصعب القول بصلاحية ذلك الأسلوب في هذا المجال، بل يتعين إتباع النمط التقليدي في الكتابة والتوثيق، حيث يترتب على تخلفه بطلان التصرف، ولا يمكن العدول عن ذلك إلا بنص صريح مع ضرورة إعادة هيكلة الدوائر والجهات الإدارية المختصة كالشهر العقاري، والسجل التجاري لإستيعاب تلك الأساليب الحديثة والعمل بها ولاشك في حتمية ذلك التطور لمواكبة تلك المستجدات على الصعيد العالمي من خلال الحكومة الإلكترونية[٢].

---

(١) Calbrioli, la prevue electronique, jcp, 2000, 224.

(٢) منصور، محمد حسين: الإثبات التقليدي والإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦م، ص٢٧٠.

ويتعين السير في هذا الطريق إلى نهايته كي تستقر الشكلية الإلكترونية في مجال التوثيق والمصالح الحكومية بكافة صورها حتى تكتمل الدائرة، دون تفرقة في هذا الصدد بين الحالات التي يشترط فيها القانون الكتابة للإثبات وتلك التي يقتضي فيها الكتابة كشرط لصحة إبرام التصرف، مع إمكانية المغايرة في الأسلوب الإلكتروني في الكتابة والتوثيق بين الحالتين تمشيًا مع الأهمية المضفاة على كل منها.

إن المعلومات والبيانات التي يتم تداولها وحفظها عبر الحاسب وشبكة النت يمكن التمسك بها في المحكمة ويجوز للقاضي الإستناد إليها والثقة بها في النـــزاع المعروض عليه بشرط أن يتم تسجيلها بأسلوب منظم وبطريقة جديدة ومأمونة، وإن كان ذلك لا يغلق الباب أمام إحتمال وجود خطأ أو عيب في عملية نقل المعلومات والبيانات سواء من جانب المصدر أو من جانب وسائل النقل.

إن النمو المضطر للتجارة الالكترونية يستوجب تأمين تلك المعاملات من حيث ضمان سلامة المضمون المتبادل عبر النت من جهة ونسبته إلى صاحبه وسلامة التوقيع الإلكتروني الصادر عنه من جهة أخرى، حيث يمكن أن تثور ظلال الشك حول عناصر التصرف نظرًا لاحتمال تعرضها للتبديل والتغيير عبر الإرسال، خاصة وأنها تتم عن بُعد بين أطراف متباعدين غير متعارفين(1).

ولما كانت المعاملات الإلكترونية تعتمد أساسًا على وسائل الإتصال وأجهزة الكمبيوتر فقد اهتمت الدول بوضع تنظيم قانوني لتلك المعاملات، كما اعتمدت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي المسمى «باليونسترال» مشروع قانون نموذجي عند تطوير التشريعات الوطنية المنظمة لإستخدام بدائل الأشكال الورقية للإتصال، ببدائل رقمية وتخزين المعلومات وقد تطلبت معظم التشريعات لإثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن مبلغ معين وجود دليل كتابي، لكي يكون صحيحًا، وهناك نوعان من المحررات:

إحداهما رسمي: لقيام موظف عام مختص بتحريرها وفقًا للإجراءات الشكلية التي حددها القانون.

وثانيهما عرفي: حيث يقوم الأفراد بتحريرها فيما بينهم وقد تكون معدة للإثبات. ويعد التوقيع على المحرر هو شكل من أشكال الكتابة يميز الشخص عن غيره، ويكون عادة

---

(١) منصور، محمد حسين: الإثبات التقليدي والالكتروني، مرجع سابق، ص٢٧٢.

بالإمضاء، ويجوز أن يكون بالختم أو ببصمة الإصبع، ولا يشترط في الإمضاء أو الختم أن يوضع بالإسم الثابت في ورقة الميلاد، بل يكفي أن يوقع صاحب الشأن بالإسم الذي اعتاد أن يوقع به، ويوضع التوقيع عادة في آخر الورقة حتى يكون منسحبًا على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها، ولا يشترط في صحة الورقة العرفية أن تكون مؤرخة إلا في حالات معينة نص عليها القانون كالكمبيالة والسند الأذني والشيك والتظهير، ويكون التوقيع في الورقة العرفية من البيانات الهامة، وقليلاً ما يغفله أصحاب الشأن وإلا شق عليهم الإثبات[1].

وأرى أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية، فإذا لم يوضع التوقيع على الورقة لم تكن لها حجية في الإثبات، ذلك أن الورقة العرفية إنما تستند في حجيتها من التوقيع وحده، ولا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كانت مكتوبة بخط المدين.

كما أرى أننا أمام مستحدثات تقنية، ووجود وسائل حديثة في التعامل فلن يكون لهذا المفهوم مجال هنا حيث أنه لا يواكب العصر الإلكتروني، فمجال الحاسب الآلي لا يعتمد على الإجراءات اليدوية في إحداث الأثر القانوني.

والثابت أن التوقيع الإلكتروني بدأ ظهوره في المعاملات البنكية باستخدام بطاقات الإئتمان إما بسحب العميل من المركز الآلي للبنك، أو لكونها وسيلة لسداد ثمن السلع والخدمات وذلك باستعمال طرق الكترونية تبدأ:

بإدخال البطاقة الخاصة بالعميل في جهاز الكتروني مخصص لذلك.

ثم بكتابة الرقم السري المخصص لصاحب البطاقة.

ويتبع ذلك إصدار الأمر بالسحب أو بالسداد بالموافقة على العمليات المصرفية بالضغط على المفاتيح المخصصة لذلك[2].

(١) الأودن، سمير عبد السميع: العقد الإلكتروني، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٥م، ص١٤٨.

(٢) جميعي، حسن عبد الباسط: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص٣٦.

المبحث الثاني

حجية الكتابة والتوقيع في العقود الإلكترونية

يمر العالم الآن بمرحلة تحول أساسية، ليس فقط في شكل النظام الدولي وتوازن القوى بل في البيئة العلمية والتكنولوجية، والقدرة على البحث والتطوير، وهذه التحولات الهائلة ترتكز على المعرفة والتراكم العلمي باعتبارهما قاطرة التقدم الإجتماعي والإقتصادي.

وفي هذا الإطار انطلقت ثورة المعلومات In Formations وقد صاحب هذه الثورة ظهور أشكال جديدة للإتصال والتعامل تقوم على آلات وأجهزة غاية في الدقة والإتقان وعلى رأسها الحاسب الآلي «الكمبيوتر» الذي أدى انتشاره إلى إحداث تحول رئيسي في حياة الإنسانية حتى قيل بحق أن العالم على أعتاب «حضارة جديدة تمامًا»(١) تكون الغلبة فيها لمجتمع المعلومات كبديل للمجتمع الصناعي الذي مرت به البلدان المتقدمة خلال القرن المنصرم.

إن أبرز أوجه تكنولوجيا الإتصالات الجديدة هذه إنما يتمثل في أنها ستلغي المسافة فأجهزة الكمبيوتر ستشترك كلها في منظومة واحدة للاتصال حيث تكون الطريق السريع للمعلومات محورها الأساسي هو «الإنترنت» تلك المجموعة من الكمبيوترات المرتبطة بعضها البعض والتي تتبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة.

بيد أنه إذا كانت هذه الأدوات والآلات الحديثة ميزة في التعامل والتثقيف على مستوى العالم، إلا أن من شأنها إلقاء العبء الأكبر على من يتولى تهيئة الحياة القانونية لصور التعامل اليومي عن طريقها، والأمر الملفت في هذه التعاملات أنها تتم عن بُعد في صورة بيانات رقمية ومعلومات معالجة إلكترونيًا، تنتقل من خلال حاسب إلى آخر دون دعامات ورقية مكتوبة أو مقعد في عالم جديد يُعرف «بالعالم غير الورقي».

فلم تعد الفكرة التقليدية عن إعداد الدليل الكتابي المسبق ذات أهمية تذكر في ظل تلك التعاملات في مجال المعلوماتية. فضلاً عن التعاملات البنكية التي أصبحت تشكل القاعدة العامة في المعاملات المصرفية، كالوفاء الإلكتروني والإئتمان، وبطاقات السحب الآلي وغيرها فهناك إذًا أحوال عديدة للتعامل غير المادي ظهرت في العالم.

---

(١) الخولي، أسامة: الحاسوب هذا الطفل الذي ولد كبيرًا، القاهرة، مجلة عالم الفكر، عدد أكتوبر – نوفمبر – ديسمبر، ١٩٨٧م، ص٣.

ولعل أبرز المشكلات القانونية التي تطرحها تلك التعاملات الجديدة هي مشكلة الإثبات فكيف يتسنى إثبات تلك التعاملات غير الورقية والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو هل ما زالت الكتابة هي الوسيلة الأكمل والأفضل للإثبات؟ وهل ما زالت لها حجيتها القانونية والاجتماعية في الإثبات إلى حد جعلها أفضل الأدلة على الإطلاق؟ وهل يمكن طرح أدلة جديدة للإثبات إلى جانب الطرق التقليدية المنصوص عليها من جانب المشرِّع.

«في الحقيقة أن هذه المشكلة الحقيقية للقانون والمعلوماتية لا تقف عند حد استعمال وسائل المعلوماتية فحسب، بل يمتد ليشمل استخدام كل الوسائل الخاصة بالإتصال كالتلكس والفاكس فما مدى الحجية القانونية لتلك الوسائل في الوقت الذي لا يزال الإثبات التقليدي الحالي عاجزًا عن احتواء هذه الظاهرة الجديدة؟»[(١)].

كل هذه تساؤلات تُطرح عند دراسة هذا الموضوع الهام في مجال الإتصالات الحديثة سيتم محاولة الإجابة عليها وطرح المناسب من الحلول لمنح الحجية القانونية لوسائل الإتصال الحديثة في الإثبات وذلك من خلال إبراز حجية الكتابة والتوقيع في العقود الإلكترونية وذلك على النحو التالي:

أولاً: الحجية القانونية للفاكس:

مما لاشك فيه أن مشكلات القانون والمعلوماتية لا تقف عند حدود قانون معين بل من المؤكد أن لهذه المشكلات تأثير واضح على القانون العام والخاص بكافة فروعهما[(٢)]، حيث لا ترتبط فقط باستخدام وسائل إتصال معلوماتية معينة، ولكن ترتبط كذلك باستخدام جميع وسائل الإتصال عن بُعد مثل التلكس والفاكس.

ويبدو أن التلكس قد حظي منذ فترة ليست بالقصيرة بقبول حسن من حيث الحجية القانونية في الإثبات، ذلك الذي يجعله في مكانة أفضل من هذه الزاوية عند مقارنته

---

(١) رشدي، محمد السعيد: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة – ومدى حجيتها في الإثبات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٥م، ص١٤٥.

(٢) Huet et H. maisl. Droit de L'informatique et des telecommunication, Paris, 1989, n29, p. 49, et. S.

بالفاكس[1].

وأيًا ما كان الأمر فإن الفاكس أو كما يُطلق عليه الفرنسيين Telecopic أو FAX يتمتع بكامل الحجية القانونية في الإثبات في جميع الحالات التي لا يتطلب القانون فيها شكل معين للتصرف القانوني المراد إبرامه، وكذلك في الحالات التي يتمتع فيها المتعاقدون بحرية الإثبات، أي باستطاعتهم الإثبات بكافة طرق الإثبات دون تقييد بطرق معينة للكتابة.

وعلى ذلك فإن جميع الأعمال التجارية التي تتم بين التجار بعضهم البعض والتي تبرم لصالح تجارهم نظرًا لأنها تخضع لقاعدة جوهرية هي حرية الإثبات، فإنها يمكن أن تتم بواسطة طرق الإتصال الحديثة ومنها الفاكس والتلكس والحاسوب ويقوم التعاقد بهذه الوسائل دليلاً كاملاً في مواجهة أطرافها دون حاجة إلى تقديم دليل كتابي بالمعنى التقليدي[2].

ومعنى ذلك أن الوضع الحالي لطرق الاتصال الحديثة في مواجهة قواعد الإثبات ليس محفوفًا بالمخاطر كما قد يتصور البعض، فكل دليل أيًا كان، يمكن أن يُقدم للقاضي ليتبناه متى اقتنع به في هذا الخصوص أو بطرحه متى كان العكس.

وفي الحقيقة أن التطور الفني والتقني للفاكس يمكن أن يسمح الآن بقبوله كوسيلة لنقل المعلومات التي تتطلبها إجراءات الدعاوى فضلاً عن التعاملات التي تتم بواسطته في المعاملات التجارية، والأمر ذاته يسري بالنسبة لسائر الوسائل الالكترونية الحديثة ومنها على سبيل المثال البطاقة البنكية، حيث أصبح لها قوتها الثبوتية نظرًا لإتفاق الأطراف عليها، وكذلك الحال فإنه توجد في الواقع العملي الآن أكثر من وسيلة تقنية في طور التنمية يمكن أن يكون لها في زمن قريب درجة مقبولة من الأمان تقنيًا، منها على سبيل المثال كتابة المعلومات في شكل رموز غير مفهومه من الغير Cryptologie[3].

---

(١) Jerome Huet, la valeur juridique de la talecopie (au fax) comparee au telex, recuail dallox sierey, 1993, 4 cahier chronique, p33.

(٢) رشدي، محمد السعيد: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة – ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص١٦٤.

(٣) لطفي، محمد مسلم: استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة، دار غريب للنشر، ١٩٩٢م، ص٩٧.

وأرى أن الفاكس يجب أن يتمتع بحجية قانونية في الإثبات حتى في ضوء الوضع التشريعي الراهن، وذلك على عكس ما ذهب إليه شراح القانون الوضعي.

وهناك محل خلاف بين حجية التلكس وحجية الفاكس في الإثبات وذلك بين فقهاء القانون، ويبرز هذا الخلاف في ضعف الأمن القانوني بالنسبة للفاكس عن التلكس حيث يسهل على مرسل الفاكس أن يغير من بيانات الورقة الأصلية قبل إرسالها عن طريق محو بعض البيانات وإضافة بيانات أخرى، ويتم ذلك بسهولة بعد تصوير الأصل وتغيير ما يلزم، ثم إعادة تصوير الورقة – الصورة – بعد إجراء التغيير وإرسالها عبر الفاكس، فتصل إلى المُرسل إليه على أنها صورة طبق الأصل في حين أنها تكون قد تعرضت للغش.

وعلى أي حال فقد اكتسب التلكس حجية قانونية في الإثبات منذ فترة ليست قصيرة وقد تمتع بقبول فائق في دنيا الأعمال وأقره القضاء الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء البلجيكي.

ويُرجح الفقه منح التلكس حجية قوية في الإثبات إلى أنه يُعد غير معتمد ومحايد بين أطراف التصرف القانوني، ويقوم هذا الغير في هذا المقام بدور مصلحة البريد فيما تقوم به بشأن البريد المكتوب، فهو يؤدي وظيفتين مهمتين هما[1]:

الأولى: تقديم خدمة مشابهة لخدمة البريد الموصى عليه المضمون بعلم الوصول.

الثانية: ضمان خدمة حفظ لمدة زمنية معينة والتلكس يقوم بهاتين الوظيفتين.

وقد جرت معظم الأحكام القضائية في العالم على اعتبار الفاكس كوسيلة إثبات، وأستطيع أن أستخلص من ذلك أنه لا غضاضة في قبول الفاكس كدليل في الإثبات إذ يتمتع بحجية المحررات العرفية في الإثبات وفقًا لما هو ثابت في ضوء الوضع التشريعي الراهن.

ولكن لكي يكتسب الفاكس هذه الحجية يتعين:

١ – أن تحتوي الرسالة المرسلة عبره وبوضوح على رقم الفاكس الخاص بالجهة المرسلة.

٢ – أن تحتوي الرسالة بوضوح على الرقم الكودي للدولة.

(١) رشدي، محمد السعيد: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة – ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص١٧٢.

٣ – توقيع الرسالة من الجهة المرسلة.

وبذلك يمكن الاطمئنان إلى الفاكس باعتباره محرر عرفي يحمل توقيع من صدر منه وحتى يتأكد هذا الاطمئنان فأرى أنه يجب على المرسل إليه أن يعيد إرسال فاكس إلى المرسل موضحًا به إستلامه للفاكس المرسل إليه مع توقيعه عليه، وبذلك تستبعد أي شبهة يمكن أن تشوب التعامل بهذه الوسيلة.

واستنتج من ذلك إلى أن وسائل الاتصال الحديثة بما فيها الفاكس والتلكس والمحررات المعلوماتية متى استوفت شروطها تصلح للإثبات في الأعمال التجارية التي تتم بين التجار ولصالحهم دون شك، ويستفيد غير التجار بهذه القاعدة في مواجهة من يتعاقدون معهم من التجار وذلك إستنادًا لحرية الإثبات في العمليات التجارية.

وأرى كذلك أن غير التجار ليس لديهم ما يخشونه من التقدم التكنولوجي والتعامل بوسائل الاتصال الحديثة، فإنه يمكن التعامل بهذه الوسائل وإثباتها في مواجهة التجار بكافة وسائل الإثبات، وفي مواجهة بعضهم البعض متى اتفقوا فيما بينهم على ذلك.

ثانيًا: حجية الصور والمستخرجات:

أصبح من الضروري العدول عن المبادئ التقليدية للإثبات إلى مبادئ أكثر تطورًا تسمح بقبول مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة كوسائل جديدة في الإثبات، ويُقصد بذلك الأوراق والمستندات المستخرجة من الحاسب الآلي، وهي تتضمن بيانات ومعلومات معينة يتم إدخالها وبرمجتها فيه واستخراجها عند الضرورة، وكذلك الحال بالنسبة لأجهزة الفاكس والتلكس.

وقد تثور هنا قاعدة الدليل الأصل التي تعتمد على ضرورة تقديم أصل المحرر الذي يتم التمسك به في الإثبات، حيث تُعد مخرجات التقنيات الحديثة في الغالب صورًا لمستندات مسجلة على الحاسب أو بنك المعلومات أو الفاكس أو التلكس، وقد يتم تسجيل البيانات واستخراجها على مستندات دون أن يكون لها محرر أصلي، ولا يقتصر الأمر على المستخرج المكتوب بل يشمل كذلك أي اسطوانة أو شريط تسجيل صوتي أو فيلم أو أي جهاز آخر يتضمن أصواتًا أو صورًا مرئية يمكن إعادة إنتاجها مرة أخرى وبالتالي فالمستخرجات قد تكون مكتوبة أو مسجلة بالصوت أو الصورة الفوتوغرافية وشرائط الفيديو والراديو والأفلام

والميكروفيلم(1).

ويستقر القضاء عمومًا على أن الصورة يُعتد بها على سبيل الاستئناس في مجال الإثبات الرأي بالنسبة للمعاملات التجارية والمدنية التي لا يتطلب فيها المشرع الكتابة للإثبات، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية كاملة في الإعتماد عليها كدليل مقارن بالأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى فالصورة مجرد قرينة بسيطة أو دليل ناقص، أما في حالات وجوب الإثبات بالكتابة الرسمية أو العرفية فلا تصلح الصورة بدون الأصل لخلوها من التوقيع الأصلي للمنسوب إليه، إلا أنها يمكن أن تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة.

بينما في حالة عدم وجود نص ينظم حجية المستخرجات الإلكترونية، فإنه يتبين إعمال المبادئ السابقة، ومن ثم إن المحررات المذكورة تخضع لتقدير القاضي في الإثبات من خلال بحث كافة الظروف التي أحاطت بتحريرها، ويمكن اعتبار مستخرجات التقنيات الحديثة بمثابة أصل طالما لم يثر الشك حول حجيتها، سواء تعلق الأمر بالحاسب الآلي أو الرسائل الالكترونية والميكروفيلم وشبكة النت، وتتمتع الصورة بحجية في الإثبات طالما كانت مطابقة للأصل في الشكل والمضمون، وتتمتع بصفة الدوام والثبات.

ويجري العمل على إحتفاظ كل طرف في التصرف القانوني بنسخة منه لديه كي تسهل المقارنة لاكتشاف أي تعديل أو تناقض، تثور الصعوبة بالنسبة للمحرر الإلكتروني، حيث يعد إستخراج نسخة منه بمثابة صورة للأصل الموجود على الجهاز، هنا ينبغي ضمان سلامة هذا الأصل، من خلال منع وصول أحد الطرفين إليه دون علم أو موافقة الطرف الآخر، بغض النظر عن مكان تواجدي المادي، ويمكن احتفاظ كل طرف بصورة مطابقة للأخرى ومعتمدة مما يتضمن المقارنة وكشف أي تعديل أو تناقض.

ويمكن تأكيد حجية المستخرجات الإلكترونية عن طريق اتفاق الأطراف على ذلك ووضع الشروط والضوابط اللازمة في هذا المجال، ولاشك في صحة مثل هذا الاتفاق والذي يتم صراحة أو يستشف ضمنًا من توافق الأطراف، كما هو الحال في المعاملات التجارية الالكترونية بصفة عامة والبنكية بصفة خاصة(2).

---

(1) Pamber Terem jcp, 2001, 1269.

(2) منصور، محمد حسين: الإثبات التقليدي والالكتروني، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦م، ص٢٧٧.

ثالثًا: حجية التوقيعات الإلكترونية:

يُقصد بالتوقيع الالكتروني ما يتم وضعه على محرر إلكتروني، ويتخذ شكل أو حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره[١].

وللتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون[٢].

وهذا الأسلوب التقني لتحديد شخصية صاحبه مخالف لما هو متبع في التوقيع الكتابي وإن كان يؤدي إلى إحداث أثر قانوني، وهذا يتوقف على قيام وسيط الحاسب الإلكتروني) وفقًا لإجراءات متفق ومتعارف عليها بين طرفي التعاقد بوضع رقم سري يشابه التوقيع ويؤدي نفس الغرض ويفترق عنه لسرعة إنجاز التعامل تفوق ما هو متبع، كما أن الرقم السري يُعد وسيلة قانونية لتحديد شخصية الموقع حيث يتمكن الحاسب من التعرف على ممثل صاحبه[٣].

ولكن هناك سؤال في هذا المقام وهو «هل يُعد التوقيع الإلكتروني من الحجية ما للتوقيع التقليدي في إستكمال عناصر الدليل المادي الكتابي المهيأ لإثبات التصرفات القانونية؟».

للإجابة على هذا التساؤل أقول بأن التوقيع الإلكتروني أصبح لا يتفق مع المعاملات التي تتم بواسطة آلية المعلومات أو معالجة المعلومات بطريقة آلية، جعلت التعامل يتم عن طريق كتابة المعلومات أو البيانات بطريقة رموز أو أرقام ويتم التوقيع عليها بما يُسمى «التوقيع الرقمي»[٤].

ولعل هناك من الأسباب ما يدعو إلى التشكك في قيمة التوقيع الإلكتروني ترجع إلى

---

(١) قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م، المادة ١/جـ.

(٢) المرجع نفسه، المادة ١٤.

(٣) زهرة، محمد المرسي: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات – بحث مقدم من صفحة أعمال مؤتمر القانون والحاسب الآلي، الكويت، نوفمبر، ١٩٨٩م.

(٤) رشيدي، محمد السعيد: حجية وسائل الإتصال الحديثة في الإثبات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤م، ص٤٨.

إنفصال هذا النوع من التوقيع عن شخصية صاحبه وإمكان تكراره دون موافقته أو علمه إذا لم يتم استخدام تقنيات تكنولوجية معقدة من أجل تأمينه كذلك فإن هذا التوقيع وحتى بغرض استيفائه لذات الخصائص التي يتمتع بها التوقيع التقليدي لن يرتبط إرتباطًا ماديا بالمحرر الكتابي الذي تتم تهيئته كدليل للإثبات إلا إذا وجدت تقنية تكفل ذلك يعترف بها القانون ويعتمدها القضاء، وأن وجه الاختلاف بين التوقيع التقليدي والإلكتروني يكمن في مدى تحقيق التوقيع للثقة التي يبني عليها المشرع حجية التوقيع في الإثبات، فإن توفرت ذات الثقة في التوقيع الإلكتروني فإنه يتساوى مع التوقيع التقليدي في حجيته في الإثبات[1].

ويختلف التوقيع الالكتروني عن التوقيع الكتابي فضلاً عن الشكل الكتابي من ناحية الوسيط أو الدعامة التي يوضعان عليها، فالتوقيع في الشكل الإلكتروني يتم عبر وسيط الكتروني من خلال أجهزة البعض، والإطلاع على وثائق التعاقد، والتفاوض بشأن شروطه، وإبرام العقود وإفراغها في محررات الكترونية، والتوقيع عليها إلكترونيًا، أما التوقيع في الشكل الكتابي فيتم عبر وسيط مادي هي في الغالب دعامة ورقية تذيل به الكتابة فيتحول إلى محرر صالح للإثبات.

المبحث الثالث

نطاق حُجية وسائل الإثبات الإلكترونية

إن المحرر الإلكتروني لا يستوفي الشروط اللازمة لاعتباره دليلاً كتابيًا كاملاً في الإثبات إذ أن التوقيع الالكتروني وإن كان يمكنه القيام بوظيفة التوقيع التقليدي ذاتها، إلا أنه لا يستوفي الشكل الذي يتطلبه القانون، ومن ثم تبدو إمكانية مساواة المحرر الإلكتروني بالمحرر العرفي التقليدي في الإثبات محل شك في ظل قواعد الإثبات الحالية.

فقد نصت المادة (١٤) من القانون المصري في شأن التوقيع الإلكتروني على أنه: «للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة لهذا القانون». وعلى ذلك فأول ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع أسبغ حجية مطلقة للتوقيع الإلكتروني في المعاملات

---

(١) جميعي، حسن عبد الباسط: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص٤٣ – ٤٤.

المدنية والتجارية وكذلك المعاملات الإدارية.

وقد أحال المشرع في شأن طبيعة هذه الحجية وحقيقتها إلى نفس حجية التوقيع المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

وبمعنى آخر، وحتى يعترف بحجية التوقيع الإلكتروني في المعاملات المذكورة فلابد من أن يستوفي شروط صحته المنصوص عليه في قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية، إلا أن المشرع تحفظ بالنسبة لحجية هذا التوقيع، بأنه لابد وأن يستوفي كذلك الشروط الفنية والتقنية المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية والتي غالبًا ما تدور حول شكل التوقيع أو صورته وكيفية إتمامه، وكذلك تشفير هذا التوقيع والوسائل الأخرى لتأمينه.

وقد عرف المشرع المصري الكتابة الإلكترونية بأنها: «كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتُعطي دلالة قابلة للإدراك».

وعرف المحرر الإلكتروني بأنه «رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو تُرسل أو تُستقبل كليًا أو جزئيًا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة».

ونصت المادة (١٥) من ذات القانون على أنه: «للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقًا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون».

والمادة (١٦) من ذات القانون نصت على حجية الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي بقدر مطابقتها لأصل هذا المحرر.

هذا فضلاً عن أن المادة (١٧) من ذات القانون قد أحالت إلى قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م فيما لم يرد فيه نص في قانون التوقيع الإلكتروني وذلك في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية، ولذلك يجب بحث نطاق حجية المحررات من حيث المعاملات ونوع المحرر. وفيه:

المطلب الأول: نطاق الحجية من حيث نوع المحررات الإلكترونية.

المطلب الثاني: نطاق الحجية من حيث نوع المعاملة الإلكترونية.

المطلب الأول

نطاق الحجية من حيث نوع المحررات الإلكترونية

نصت المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على المحررات الإلكترونية فقط دون تقسيمها إلى محررات رسمية أو عرفية، وذلك بمناسبة إسباغ الحجية على هذه المحررات الإلكترونية، بينما نصت المادة (١٧) على مسألة إثبات صحة المحررات الإلكترونية، وذكرت المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية.

وقد تعمد المشرع إضافة مسألة الكتابة الإلكترونية وأسبغ عليها الحجية حسب المادتين ١٥، ١٧ من القانون.

والقاعدة في الإثبات في المواد المدنية أن يكون بالكتابة، إلا ما نص عليه إستثناءً وذلك حسب نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م، وسوف يتم معالجة مسألة الكتابة ثم أنواع المحررات الإلكترونية.

أولاً: الكتابة الإلكترونية:

الدليل الكتابي يمكن أن يُعد مقدمًا أي قبل حصول النــزاع، وبذلك ينطوي على قدر كبير من الإطمئنان لدى أصحاب الحقوق وتقل إحتمالات النــزاع إذا ما أُثير فإنه يسهل حسن إذا وجد الدليل الكتابي على الواقعة المتنازع عليها وذلك لأن الكتابة تعبر بدقة عن الواقعة التي أُعدت لإثباتها، كما أن الكتابة لا تتأثر بمرور الوقت، وعلى ذلك فالكتابة اللازمة للإثبات في المستند الأصلي والذي قد يكون محررًا رسميًا أو عرفيًا[1].

١ – الكتابة في صورتها التقليدية. الكتابة في صورتها التقليدية أمر لازم في المحرر الرسمي وكذلك المحرر العرفي.

وفي نطاق المحرر الرسمي يجب التفرقة بين الكتابة كدليل أصلي لإثبات التصرفات القانونية والوقائع القانونية، وبين الكتابة بوصفها ركنًا شكليًا من أركان التصرف القانوني، إذ

---

(١) رشدي، محمد السعيد: حجية وسائل الإتصال الحديثة في الإثبات، مرجع سابق، ص٣٥٧.

يشترط المشرع الكتابة في بعض التصرفات القانونية كركن لانعقادها، كما هو الحال بالنسبة لعقد الهبة وعقد الرهن الرسمي.

فإذا كانت الكتابة لازمة – لانعقاد التصرف القانوني – فإن تخلفها – يؤدي إلى انتفاء وجود التصرف القانوني نفسه، ومن ثم إنعدام أثره بسبب بطلانه[١].

أما الكتابة كدليل للإثبات فإنه لا أثر لتخلفها على وجود العقد بل يكون العقد موجودًا ومنتجًا لآثاره حيث تكون الكتابة هنا مجرد شرط لإثبات العقد.

وأرى أنه يجب التحرز مما جرى في الحياة العملية من الخلط بين المحرر والتصرف القانوني الذي يشهد عليه كأن يقال عقد بيع رسمي أو عقد بيع عرفي، على حين أن المقصود من ذلك – في الحقيقة – الورقة الرسمية أو الورقة العرفية المثبتة لعقد البيع، أي المحرر المكتوب اللازم لإثبات التصرف. ولهذا يجب التحرز في مثل هذا الخلط فهناك فارق هام بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته، ذلك أن التصرف القانوني هو كيان قانوني جوهره الإرادة وهي أمر معنوي على حين أن المحرر وسيلة إثبات وهو أمر مادي.

وفي كل الأحوال الكتابة أمر لازم في المحرر الرسمي لأن الموظف العام يثبت تدخله في المحرر الرسمي من خلال تحريره بنفسه أو تدخله في تحريره.

وفي المحرر العرفي كذلك فإن الكتابة أحد ركني المحرر العرفي وهما الكتابة والتوقيع والكتابة كركن في المحرر العرفي لا يستلزم فيها شكل خاص فلا يشترط – كقاعدة عامة – أن تكون بلغة معينة، ذلك أن الورقة قد تكون مكتوبة باللغة العربية أو بلغة أجنبية أو حتى برموز تعارف عليها أطراف الورقة[٢].

ولا يشترط في الكتاب أن تتم بطريقة معينة، فيجوز أن تكون خطية سواء كانت بالحبر أو الرصاص، أو أن تكون مطبوعة بآية وسيلة من وسائل الكتابة كما يجوز أن تكون الكتابة بخط من وقّعها أو بخط غيره.

وإذا تضمنت الورقة العرفية كتابة بعض المبالغ فقد تُكتب بالحروف أو الأرقام. وإن كانت كتابتها بالحروف أفضل، كما لا يشترط كتابة تاريخ أو جهة تحرير الورقة.

---

(١) سيد، أشرف جابر: موجز أصول الإثبات، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص٥٥.

(٢) سيد، أشرف جابر: موجز أصول الإثبات، مرجع سابق، ص٨٥.

وأرى أن القانون قد خلا مما يفيد الإعتقاد في أن الكتابة لا تكون إلا فوق الورق، فمن الجائز أن تكون الكتابة على الورق أو الخشب أو الحجر أو حتى الرمال، ولذلك عرف المشرع اللبناني الكتابة بأنها «تسلسل أحرف أو أشكال أو أية رموز أو إشارات تُشكل معنى قابل للقراءة ذلك أيًا تكن الركائز والوسائل المستخدمة كسند لها أو لنقلها»[1].

ويُستخلص من ذلك أنه لا يجوز إرتباط بين فكرة الكتابة والورق، فلا يُشترط أن تكون الكتابة على ورق بالمفهوم التقليدي وبالتالي يصبح الباب مفتوحًا أمام قبول كل الدعامات أيًا كانت مادة صنعها في عملية الإثبات القانوني[2].

٢ – الكتابة الإلكترونية. وصورة الكتابة الإلكترونية التي ورد تعريفها في القانون المصري، تكون صورتها بوضع المعلومات في صورة رقمية وتخزينها كبيانات الكترونية على أقراص "C. D" ويتم تخزين المعلومات الرقمية بصفة دائمة أو للفترة التي يريدها الشخص المعني في قواعد بيانات أجهزة الكمبيوتر، وما أن يتم تخزين المعلومات الرقمية فإن بإمكان أي شخص لديه كمبيوتر شخصي ومفتاح دخول أن يسترجع على الفور، وأن يقارن ويُعيد صياغة تلك المعلومات.

وهذا يقتضي تغيير مفهوم فكرة المحرر، فلم تعد قاصرة على المحرر التقليدي المكتوب، بل تستوعب كذلك المحرر الرقمي أو الإلكتروني[3].

وقد تنبه المشرع الدولي إلى أهمية الكتابة الواردة على دعامة أو وسائط غير الأوراق، مثل تلك الأوراق الواردة عبر الفاكس والتلكس وإعطائها حجية في الإثبات مثل المستندات الورقية ومن هذه الاتفاقيات:

- اتفاقية روما عام ١٩٥٨م بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبي وتنفيذها.
- اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع عام ١٩٧٢م.
- إتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في غينيا عام ١٩٨٠م في شأن النقل الدولي للبضائع.

---

(١) لطفي، محمد حسام: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص٢٨.

(٢) زهرة، محمد المرسي: الحاسوب والقانون، مرجع سابق، ص٢١٤.

(٣) سيد، أشرف جابر: موجز أصول الإثبات، مرجع سابق، ص٨٥.

وتأخذ الكتابة الإلكترونية والتي هي عبارة عن حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى مثبتة على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك أشكالاً عديدة نذكر منها:

أ – المصنفات الرقمية: النشر عبر الإنترنت له خصوصية التي تميزه عن النشر التقليدي للمصنفات بطريق الكتابة، ذلك أن النشر على الشبكة يفترض أن يتم عن طريق معالجة المعلومات بطريقة رقمية، وبذلك يصبح المصنف موجودًا على الشبكة في صورة مطابقة تمامًا للأصل، وتتم هذه العملية عن طريق آلية حسابية الكترونية تسمى "Enias" ومعناها المفاضل والمكامن العدد الإلكتروني[١].

وعن طريق هذه الآلة يمكن تحويل أي نوع من المعلومات إلى أرقام باستخدام الأصفار والآحاد وحدها، وهذه الأرقام تسمى الأرقام الثنائية لأنها مؤلفة على وجه الحصر من هذين العددين – صفر أو واحد – بت "Bit" . وما أن يتم تحويل المعلومات إلى أرقام فإنه يصبح بالإمكان تخزينها على أجهزة الكمبيوتر كصفوف طويلة من البتات "Bits" وتكون مرتبة بشكل معين يفهمها الكمبيوتر ويقوم بترجمتها بشكل آلي إلى حروف وكلمات فنية وصور مفهومة للأشخاص وتكون مطابقة للأصل المادي الذي أخذت منه، وهذه الأرقام هي كل ما يقصد من القول – معلومات رقمية – أو مصنفات رقمية[٢].

ب – المصنفات متعددة الوسائط «الدعامات»: عُرف المصنف متعدد الوسائط في قرار وزير الصناعة والبريد والإتصالات والتجارة الخارجية الفرنسي، بمناسبة وضع تعريف للمصطلحات الجديدة المستخدمة في وسائل الإتصال عن بُعد حيث ورد في هذا القرار أن المصنف متعدد الوسائط هو ذلك المصنف الذي يقدم المعلومة من خلال إدراج أكثر من وسيلة معلوماتية في آن واحد كالنص والصوت والصورة.

وقد لوحظ أن فكرة الإبداع أو الخلق في المصنف متعدد الوسائط تكمن في وجود المعالجة الآلية للمعلومات والثانية أن هذه المصنفات يتم التعبير عنها بوسيلة سمعية أو سمعية

---

(١) حجازي، عبد الفتاح بيومي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٥م، ص٤١١، مرجع سابق.

(٢) رشدي، محمد السعيد: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، القاهرة، كلية حقوق حلوان – المؤتمر العلمي الثاني، ١٩٩٩م، ص٣٧٣.

بصرية، كما أن الكتابة الإلكترونية تعكس كمًا ضخمًا من المعلومات الرقمية ذات أهداف متعددة، تعليمية وتربوية – وثقافية وترفيهية – يتم تجسيدها على دعامات.

وأرى أن المصنف متعدد الوسائط هو عمل إبداعي مركب، يجمع النص والصوت والصورة ويهدف إلى إبراز ذلك في إطار معلوماتي، ويستخدم آلة للتعرف عليه بقراءته أو مشاهدته أو سماعه، كذلك فإن هناك بعض مخرجات الحاسب الآلي لا تثير صعوبة في قبولها في الإثبات ككتابة إلكترونية من ذلك البطاقات والأشرطة المثقبة والدعامات الورقية المتصلة، فهي تتضمن كتابة بالمعنى المفهوم في قانون الإثبات.

والحقيقة أنه في ظل وجود نص تشريعي يقبل الكتابة الالكترونية – كدليل كامل – في الإثبات، لم تعد هناك مشكلة في قبول الكتابة الإلكترونية أيًا كانت الدعامة أو الوسيط الإلكتروني المسجلة عليه، ومن ذلك مخرجات الفاكس والبرقيات متى تضمنت معاملات أو تصرفات قانونية، ذلك أن مفهوم الكتابة الإلكترونية بوصفها حروف أو أرقام أو رموز أو علامات معينة ينصرف إلى مطلق الكتابة الإلكترونية التي تتم عن طريق أي وسيط إلكتروني، وسواء كان الحاسب الآلي أو غيره كالفاكس[1].

ثانيًا: المحررات الإلكترونية:

كلمة المحرر تتصرف إلى المحررات الرقمية – أصل الإثبات في صورته التقليدية – وكذلك المحررات الإلكترونية في صورتها الإلكترونية[2]. والتي لها حجية في الإثبات بصريح نص المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني.

١ – المحرر الرسمي. وحتى يمكن استيعاب مفهوم المحرر الإلكتروني – والذي له حجية في الإثبات يتعين تفصيل مفهوم المحرر في صورته التقليدية، فالمحرر في صورته التقليدية هو الورقة الرسمية التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ماتم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقًا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

---

(١) شرف الدين، أحمد السعيد: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات، دبي، مركز البحوث والدراسات، ٢٠٠١م، ص١٣.

(٢) لطفي، محمد حسام محمد: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية، مرجع سابق، ٢٠٠٢م، ص٢٦.

ومن شروط صحة المحرر الرسمي ما يلي:

أ – صدور المحرر الرسمي من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ذلك أن صفة الرسمية لا تثبت إلا للمحررات التي تصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة. فالموظف العام في خصوص الإثبات كل شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء أعطته أجرًا على هذا العمل كالموثق أو لم تعطه أجرًا، ومن ذلك العمدة والمأذون[1]. ويستوي في المحرر الرسمي أن يكون الموظف العام قد حرره منذ البداية أو تدخل فيه في مرحلة لاحقه، كالمحرر العرفي الذي ينقلب رسميًا بتداخل الموظف العام في تحريره وفي حدود وظيفته، ولذلك يكفي في المحرر الرسمي أن يحرره الموظف الرسمي باسمه ويوقعه بإمضائه[2]. ويستوي كذلك في المحرر الرسمي أن يصدر من موظف عام دوره أن يثبت ماتم على يديه من ذلك القاضي الذي يصدر حكمًا يثبت فيه الإجراءات التي تمت منذ رفع الدعوى وحتى صدور حكم فيها، وقد يحرر الورقة الرسمية موظف مكلف بخدمة عامة مثل الخبير الذي ينتدب لمهنة ما، أو المحامي الذي يُندب من قبل المحكمة للدفاع عن المتهم.

ب – يُشترط كذلك في المحرر الرسمي أن يصدر من موظف عام في حدود سلطته واختصاصه المحلي والنوعي.

جـ – يجب أن يكون الموظف العام قد راعى في تحريره الورقة، الأوضاع القانونية والإجراءات التي حددها المشرع لكل محرر على حده[3].

فإذا ما توافرت للمحرر الرسمي مقومات وشروط صحته، وكان مظهره الخارجي يدل بوضوح على صفته الرسمية، قامت قرينة على سلامته من الناحية المادية، ومن حيث صدوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه، ويظل كذلك حتى تدحض هذه الحجية عن طريق الطعن بالتزوير، وتنصرف حجية الأوراق الرسمية إلى البيانات المدونة فيها وهي البيانات التي يقوم

---

(١) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط في القانون المدني، القاهرة، دار إحياء التراث العربي، ١٩٧٣م، بند رقم ٧٢.

(٢) سرور، محمد شكري: موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٦م، ص٥٥.

(٣) سعد، نبيل إبراهيم: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٠م، ص١١٧ وما بعدها.

الموظف العام بإثباقما بنفسه في حدود مهمته وكذلك البيانات التي يُدلي بها ذوو الشأن في حضور الموظف، حيث تقتصر الحجية في النوع الأخير من البيانات على واقعة الإقرار فقط، لأنها هي التي تمت في حضور الموظف العام[1].

والورقة الرسمية كذلك حجة على الناس كافة بما في ذلك أطراف الورقة الرسمية والغير.

٢ – المحرر الإلكتروني الرسمي: هو نفسه المحرر الرسمي المكتوب ولكن في صورة كتابة الكترونية، وبمعنى آخر هو الوثيقة التي تدون فيها البيانات والمعلومات التي تتعلق بطريقة ما – قام موظف عام مختص بإثباتها وتحريرها وفقًا للإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك شرط مراعاة الأوضاع القانونية الخاصة بتحرير ذات المحرر الرسمي في صورته التقليدية، ولقد قيلت تعريفات كثيرة في تعريف المحرر الإلكتروني أو الوثيقة المعلوماتية بمناسبة بحث تزوير هذا المحرر، ولكن ما يهمنا هنا هو أن المحرر الإلكتروني عبارة عن:

- الكتابة الالكترونية.
- دعامة تحمل عليها هذه الكتابة الإلكترونية.
- إثبات واقعة قانونية بالشروط التي سبق ذكرها.
- يقوم بإجراءات التحرير موظف عام مختص وفقًا للإجراءات المنصوص عليها قانونًا.

وأرى أن فكرة المحرر الرسمي الإلكتروني وثيقة الصلة بما يُسمى – الحكومة الإلكترونية – التي تعتمد في تسيير أعمالها على أجهزة الحاسب الآلي المرتبطة فيما بينها بشبكة داخلية – إنترنت – وترتبط هذه الشبكة بغيرها من الشبكات عن طريق شبكة الإنترنت.

وبالطبع يمكن الحصول على البيانات والمعلومات الخاصة بالحكومة الإلكترونية في صورة أوراق مطبوعة من طابعة الحاسب الآلي أو عن طريق نسخها على شريط مرن أو قرص ممغنط والاحتفاظ بها على هذا النحو.

ويمكن من خلال التعريفات التي قيلت في الوثيقة المعلوماتية أو المحرر الإلكتروني أنها: «كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات، وقد سُجلت عليه معلومات معينة، سواء أكان معدًا للإستخدام، بواسطة نظام المعالجة الآلية للمعلومات أو مشتقًا

(١) سيد، أشرف جابر: موجز أصول الإثبات، مرجع سابق، ص٦٨.

من هذا النوع».

إذًا فالمهم في المحرر الرسمي الإلكتروني أنه كتابة إلكترونية مثبتة لواقعة قانونية هي تصرف قانوني تترتب عليه آثار قانونية معينة، تدَّخْلَ في تحريرها موظف عام مختص وبالتالي تثبت لها حجية قِبل الكافة عن البيانات المثبتة فيها(١).

٣ – المحرر العرفي: هو محرر – غير رسمي – سواء كان عقدًا أو خلافه، لم يتدخل في تحريره موظف عام بحكم وظيفته، ولا يشترط لصحة تحرير المحرر العرفي إلا شرط التوقيع(٢).

وإن كان غالب الفقه يرى شرطي الكتابة والتوقيع.

ولفظ المحرر يستلزم وجود الكتابة، وذلك أيًا كان نوع هذا المحرر ما دام أن اللفظ لا يطلق على الأقوال الشفهية أو حتى على الأصوات المسموعة عن طريق أجهزة التسجيل(٣).

وشرط الكتابة، كشرط خاص في المحرر العرفي لها غرض خاص هو إثبات الواقعة القانونية التي أنشيء المحرر لإثباتها، بمعنى أن يكون الغرض منها إعداد دليل كتابي في الإثبات، فإذا كانت الواقعة عقد إيجار، يجب إشتمال العقد على العين المؤجرة وكذلك الأجرة ومدة الإيجار، وحتى في المحررات العرفية التي لم تُعد مسبقًا للإثبات كالرسائل والبرقيات، يجب أن تتضمن الكتابة فيها معنى وجود واقعة تُنشيء حقًا لمصلحة من يتمسك بهذه المحررات في مواجهة من وقع عليها حتى يُصدق على المكتوب معنى الدليل في مفهوم الإثبات القضائي(٤).

وأرى أن المحرر العرفي – الإلكتروني – لا يخرج عن هذا المفهوم فهو إما محرر أُعد مسبقًا لإثبات واقعة أو تصرف قانوني، كعقد بيع أو عقد إيجار أبرم بطريق الكتروني أو رسالة برقية ضمن المحررات التي لم تعد مسبقًا للإثبات كالبرقيات ورسائل الفاكس.

ولهذا فإن كل ما هو مطلوب سواء في المحرر الإلكتروني التقليدي أو الإلكتروني أن يكون الهدف إثبات تصرف قانوني أو واقعة معينة، وأن يكون مكتوبًا سواء على الأوراق أو إلكترونيًا.

---

(١) حجازي، عبد الفتاح بيومي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق، ص٤١٩.

(٢) نشأت، أحمد: رسالة الإثبات، القاهرة، دار الفكر العربي، ط٦، (د. ت)، ص٢٦١.

(٣) سرور، محمد شكري: موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٧٥.

(٤) مرقص، سليمان: شرح القانون المدني في الإلتزامات، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٦٤م، ص١١٨.

وليس هناك شرط شكلي في كتابة المحرر العرفي فيمكن كتابته بالقلم الرصاص أو الحبر، وباللغة العربية أو الإنجليزية، وبخط الموقع أو غيره شرط أن يوقع منه.

وعلى ذلك فالمحرر العرفي الإلكتروني يُحرر بهذه الطريقة، من قِبل من يرغب في إثبات واقعة معينة سواء كانت قانونية أو مادية، وذلك من خلال وسيلة إلكترونية كالحاسب الآلي وملحقاته أو الفاكس، وتتم الكتابة بطريقة إلكترونية حسب مفهوم الكتابة الإلكترونية.

وأرى أنه لا يمكن التسليم بما ذهب إليه البعض من أن المحرر العرفي – التقليدي أو الإلكتروني – لا يشترط أن يكون مكتوبًا، وإنما العبرة فيه فقط بالتوقيع، وذلك لأن التوقيع – التقليدي أو الإلكتروني – ما شُرع إلا لاعتماد الكتابة والإقرار بها.

فالمحرر العرفي الإلكتروني لو قام أحد الأشخاص بالتوقيع على بياض واستخرج ورقة بهذا الشكل من الحاسب الآلي وقدمها إلى الغير، فإنها لا تثبت له حقًا.

ونخلص مما سبق أن الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية سواء كانت محررات رسمية أو عرفية لها حجية تعادل الكتابة في شكلها التقليدي ولها ذات حجية المحررات الرسمية والعرفية المكتوبة، وذلك وفقًا لقانون التوقيع الإلكتروني نفسه، وكذلك قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية.

المطلب الثاني

نطاق الحجية من حيث نوع المعاملة القانونية

أوضحت المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري الحجية الكاملة على الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية – والإدارية – وهي نفس الحجية المقررة للكتابة والمحررات التقليدية المكتوبة، ومؤدى ذلك أن الكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني يصلح دليلاً كاملاً لإثبات المعاملات المذكورة، وسواء كان المحرر الإلكتروني من المحررات الرسمية أو العرفية، ولذلك فالكتابة الإلكترونية تصلح لإثبات بيع العقارات والمنقولات وعقود التأجير الخاص بهما متى كانت هذه المعاملات موصوفة بأنها معاملات مدنية أي بين أشخاص ليسوا تجارًا، وبالتالي فالمعاملات المذكورة هي تصرفات قانونية مدنية.

وهناك كذلك المعاملات التجارية ومنها الأعمال التجارية المنفردة مثل الشراء لأجل



البيع أو التأجير والأوراق التجارية وأعمال البنوك والسمسرة وأعمال التجارة البحرية جميعها وهناك المقاولات التجارية مثل مقاولة الوكالة بالعمولة ومقاولة الصناعة ومقاومة النقل ووكالة الأعمال والبيع بالمزاد والملاهي العمومية وإنشاء المباني[1].

وهذه المعاملات التجارية، سواء صدرت بإرادة منفردة أو تمثلت في عقد ملزم للجانبين يمكن إثباتها عن طريق المحررات الإلكترونية سواء كانت رسمية أو عرفية، ويمكن إثباتها كذلك بطريق الكتابة الإلكترونية كما سبق بيان ذلك.

والمعاملات الإدارية كذلك، وسواء تمثلت في العقود الإدارية، أو القرارات الإدارية فإنها تثبت بالكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، وقد أقرت المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري صراحة حجية الكتابة والمحررات الإلكترونية في المعاملات المدنية والتجارية[2].

وقد يُثار في هذا المقام كذلك تساؤلاً حول مدى إعمال الكتابة والمحررات الإلكترونية في نطاق الدعوة الدستورية كدليل في الإثبات وذلك أمام المحاكم الدستورية.

وأرى اعتماد هذه الأدلة كدليل إثبات في الدعاوى الدستورية، حيث قصد المشرع في المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري أن يكون للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية حجية في كافة المعاملات المدنية والتجارية والإدارية وما يتفرع عنها وليس هناك ما يسمى — بالمعاملات الدستورية — إنما هي دعاوى دستورية تترتب على معاملة مدنية أو تجارية أو إدارية.

وخلاصة ما سبق أن حجية الكتابة والمحررات الإلكترونية، سواء كانت محررات رسمية أو عرفية هي ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات التقليدية (المكتوبة).

كما أن هذه الحجية لهذه الكتابة وتلك المحررات الإلكترونية المشار إليها تنصرف إلى المعاملات المدنية والتجارية والإدارية.

---

(١) البارودي، علي: القانون التجاري، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص٢٩ وما بعدها.

(٢) حجازي، عبد الفتاح بيومي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق، ص٤٢٤.

الفصل الثاني

حــل النزاع في العقود الإلكترونية

العقد الإلكتروني في الغالب عقد دولي، وهو ما يؤدي إلى وجود مشكلة تنازع في القوانين، أي مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن أهم مناهج تحديد القانون الواجب التطبيق، المنهج الذي يعتمد على إرادة الأطراف في العقد بإختيار القانون، فخضوع العقد لمبدأ قانون الإرادة من أهم المبادئ في القانون الدولي الخاص. ولكن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد متمشيًا مع معطيات البيئة الإلكترونية التي يتم فيها التعاقد، وخاصة بعض الانتقادات التي وجهت له(1). فمع تطور الحياة الاقتصادية وازدياد التجارة الدولية عبر الحدود تبين عدم ملائمة القوانين الوطنية لحل منازعات العقد الإلكتروني، ولذلك ظهرت الحاجة إلى ضرورة وجود حلول وقواعد موضوعية تتفق وتلائم المعطيات الجديدة للتجارة الإلكترونية وتعمل على حل المنازعات المتعلقة بها، ومن أهم وأبرز تلك الحلول التحكيم الالكتروني.

ومن ثم سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية.

المبحث الثاني: التحكيم الإلكتروني.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية

أولاً: المشكلة:

لا تثور أي مشكلة في العقد الإلكتروني من حيث القانون الواجب التطبيق إذا كان أطراف التعاقد في بلد واحد إذ سوف يُطبق قانون هذا البلد، ولكن نظرًا لأن المعاملات الإلكترونية تتسم في الغالب بالطابع الدولي نظرًا لعالمية شبكة الإنترنت والطابع الطليق لها، ومن ثم فهي تشتمل في أغلب الأحوال على طرف أجنبي، ولذلك تثور مسألة هامة وهي مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظر النـــزاع والقانون الواجب التطبيق.

---

(1) محمد، خالد عبد الفتاح: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص٩٥.

ويرى البعض أن العقود الإلكترونية تأخذ زاوية بعيدة، وتنأى عن الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص، ويرجع ذلك إلى أن العقود لا تتلائم مع قواعد الإسناد الإقليمية التي تعتمد على الحلول العادية لتنازع القوانين، فضلاً على أن التعامل من خلال الشبكات ينشئ عالمًا خاضعًا لقانونه الخاص[1].

بالإضافة إلى ذلك فإن مبدأ الإقليمية لا يمكن تطبيقه في العالم الإفتراض، إذ أصبح العالم مجرد قرينة تكنولوجية على الإنترنت، كما أن المفاهيم التقليدية للاختصاص التشريعي والقضائي التي وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول وأقاليم يفصل بينها حدود سياسية وجغرافية لا تتلائم مع مجتمع إلكتروني ينقسم إلى مواقع ويب وشبكات.

ويبدو أن قواعد القانون الدولي الخاص أصبحت غير كافية لمواجهة تطورات التكنولوجيا الراهنة، ذلك لأن العقود الدولية الإلكترونية لها معطياتها الخاصة التي تتطلب قوانين تتضمن حلولاً تتلائم وطبيعة تلك المعطيات وتتوافق مع هذه الذاتية[2].

ومن ثم لزم البحث عن حلول أخرى تناسب حالة العقد الإلكتروني تتمثل في إنشاء نظام قانوني مُستقل عن القوانين الوطنية بغرض إيجاد نوع من التوحد أو الإتفاق الدولي بشأن الأحكام الواردة في هذا الصدد.

وهناك ستة حلول واقتراحات لأجل وضع قانون مناسب يحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني، أو بمعنى آخر أن مصادر القانون الموضوعي للمعاملات الإلكترونية تتمثل في الاقتراحات التالية:

الإقتراح الأول: وضع قانون موضوعي إلكتروني موحد:

ذهب كثير من فقهاء القانون إلى أن وجود قانون موضوعي خاص بالمعاملات التجارية الإلكترونية سوف يكون له ميزة إزالة المشاكل الخاصة بإختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وتنظيم حركة التجارة الدولية الإلكترونية، كما أن وضع قانون موحد للمعاملات الإلكترونية سوف يجعل القانون يعاصر التقدم التكنولوجي والتغير السريع في طبيعة الإنترنت

---

(١) أبو هشيمة، عادل: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص١٤٠.

(٢) الأباصيري، فاروق: عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية – دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص٢٧٩.

تلك الطبيعة التي تتجاهل الحدود بين الدول بينما لا تستطيع المحاكم الوطنية تجاهل هذه الحدود.

ولكي يتم التوصل إلى إيجاد قانون موضوعي موحد للمعاملات الإلكترونية فإن هناك طريقتين لتوحيد القانون الواجب التطبيق على معاملات الإنترنت، الأولى بجعل الدول تقوم بإصدار قانون عام موضوعي موحد للمعاملات الإلكترونية، والثانية عن طريق وضع صياغة لمعاهدات أو إتفاقيات دولية عن طريق المنظمات الدولية.

أ – الطريقة الأولى: أن تضع الدول بالإتفاق فيما بينها قانونًا موحدًا للمعاملات التجارية الدولية الإلكترونية، ونقصد بذلك «ذلك القانون الذي يحكم موضوع النــــزاع وغير مرتبط بمكان معين» ولذلك فهو قانون موضوعي إلكتروني، وأقترح أن تكون قواعد هذا القانون الموضوعي على غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية. فهناك مجموعة من القواعد والقيود والإعتبارات المرتبطة بتدفق المعلومات عبر شبكات الاتصال يطلق عليها lex in Formatic يلزم على واضعي التشريعات تفهمها حتى يمكنهم صياغة التشريعات بصورة مناسبة، وهو ما دفع بعض الفقه إلى المطالبة بوجود قواعد موحدة تحكم المعاملات التجارية عبر الإنترنت تكون على غرار قواعد قانون التجار المعمول به في المعاملات التجارية الدولية(1).

وأرى أن المنطقة العربية تستطيع الإتفاق على إصدار قانون نموذجي موحد واجب التطبيق على المعاملات التجارية الدولية.

ويتميز القانون الموضوعي الإلكتروني بعدة خصائص منها أنه يخاطب مجموعة معينة من الأشخاص وهم مستخدموا شبكة الإنترنت، ومقدموا خدمة الإنترنت وينظم نوعًا معينًا من المعاملات وهو المعاملات الإلكترونية وله محاكمه الافتراضية.

كما أنه قانون تلقائي النشأة فهو لم يأت عن طريق شكلي أو رسمي بل نشأ من العادات والأعراف التجارية، وبالتالي فهو ينشأ ويتطور حسب المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة وأيضًا يتميز بأنه قانون عبر دولي موضوعي، فهو قانون عابر للحدود ذلك لأن طبيعة المعاملات الإلكترونية عابرة للحدود وهو قانون دولي موضوعي يحكم المعاملات التي تتم عبر

---

(1) لطفي، محمد حسام: عقود خدمات المعلومات – دراسة في القانون المصري والفرنسي، بدون ناشر، ١٩٩٣م، ص٣٦.

شبكة الإنترنت، وهو في ذات الوقت ليس من وضع هيئة دولية أو منظمة عالمية، وإن كان ذلك من الممكن إذ يمكن مثلاً عن طريق منظمة الأونسترال التابعة للأمم المتحدة إصدار قانون الكتروني خاص بالمعاملات والعقود الإلكترونية[1].

ب – الطريقة الثانية: عبر القوانين النموذجية أو الإتفاقيات الدولية، وذلك بأن يتم وضع قانون نموذجي للمعاملات الإلكترونية عن طريق تجمعيه في نظام قانوني متماسك يُعد ويُصاغ بواسطة مجموعة دولية ذات سلطة واهتمام بالجوانب القانونية لتلك المعاملات، مثل منظمة الأمم المتحدة أو جمعية الإنترنت الأمريكية أو الإتحاد الأوروبي على أن تكون المعاهدة على غرار إتقاقية البيع الدولي للبضائع الصادرة عام ١٩٨٠م أو قواعد اليوندروا للعقود التجارية الدولية، أو مباديء القانون الأوروبي للتعاقد أو بإصدار قانون نموذجي واجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية أسوة بالقانون الأونسترالي النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م، أو القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن الإفلاس عبر الحدود لعام ١٩٩٧م، ويُلاحظ أن الغرض من كل هذه المعاهدات هو استبعاد تطبيق القانون المحلي.

وأرى تطبيقًا لذلك أنه يجب تنشيط دور المنظمات الدولية وعلى رأسها منظمة التجارة العالمية، وكذلك منظمة الأمم المتحدة لتعلب دورًا أكبر في عمليات توحيد القواعد الموضوعية، وترسيخ الشعور الدولي بأن الإتجاه نحو المناخ العالمي في التوحيد المتوازن والمدروس تجعل كل دولة لا تُضحي بمصلحتها بل على العكس من ذلك ستعود المصلحة على كل الدول وتزدهر العلاقات ذات الطابع الدولي، حتى تصبح القواعد الموضوعية بكل مصادرها أو مكوناها قانونًا عالميًا.

الإقتراح الثاني: توحيد إختيار القواعد القانونية:

ويتم ذلك عن طريق توحيد القواعد القانونية التي بها يتم إختيار القانون الواجب التطبيق على الخلافات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية، وذلك عن طريق المنظمات والهيئات الدولية المعنية، وأقصد هنا توحيد إختيار القواعد القانونية وليس توحيد القوانين.

وقد قام معهد القانون الأمريكي بوضع قواعد قانونية محددة، عن طريقها يستطيع أطراف المعاملة الإلكترونية إختيار قواعد قانونية عامة قابلة للتطبيق لاختيار القانون الواجب

---

(١) سلامة، أحمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص النوعي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٢م، ص٥٥.

التطبيق على النــزاعات التي قد تنشأ عن المعاملات الإلكترونية الدولية ومن ضمن هذه القواعد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون محل إقامة المدعي أو المدعى عليه حسب الإتفاق، أو قانون محل إقامة المهني أو المحترف الذي بدأ بعملية الإتصال عبر الإنترنت، ولكن مع مراعاة القواعد القانونية الخاصة بحماية المستهلك التي تنص على تطبيق محل إقامة المستهلك وليس التاجر[1].

ولكن وفق هذا الإقتراح يجب أن تُستبعد القواعد القانونية المرنة، كالتي تقوم باختيار القانون الواجب التطبيق على أساس قانون الدولة الأوثق صلة بالروابط العقدية أو حسب مركز الثقل في المعاملة الإلكترونية، وذلك لأن الطبيعة الغير جغرافية للإنترنت والتي تجعله غير مرتبط بحدود الدول تجعل القواعد المرنة أسلوب غير مناسب ولا يصلح استخدامها في اختيار القانون الواجب التطبيق على معاملات الإنترنت.

ومن القواعد المرنة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية مكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا أخذنا بهذا المعيار فإنه يصعب إعماله لأنه إذا نظرنا إلى مكان إبرام العقد أو تنفيذه فإنه يبرم في قضاء إلكتروني، كما أن محل التنفيذ قد يكون عبر شبكة الإنترنت في حالة التسليم المعنوي للسلعة، مثل الموسيقى والأفلام فإنه يتم تسليمها عن طريق إنزالها من على الشبكة.

وإذا نظرنا إلى معيار العملة المستخدمة في الدفع فلا يجدي هذا أيضًا إذ يتم الدفع في أغلب عقود التجارة الإلكترونية بواسطة بطاقات الإئتمان أو بواسطة النقود الرقمية أو التحويلات البنكية الإلكترونية.

وأما عن اللغة المستخدمة فإن معظم التعاقدات الإلكترونية والإعلان عن السلع والخدمات عبر شبكة الإنترنت تتم باستخدام اللغة الإنجليزية وإن كان في بعض الحالات القليلة تصحبها لغة قومية حيث تشترط بعض القوانين ذلك، كما هو الشأن في القانون الفرنسي الصادر عام ١٩٩٤م والمسمى قانون «توبون»[2].

---

(١) إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦م، ص٣١٤.

(٢) ARTS, LOT Toubon 1994, No 94 – 665.

الاقتراح الثالث: قضاء التحكيم الإلكتروني:

ظهرت بعض الآراء التي تنادي بوجوب إنشاء هيئة أو محكمة تحكيم خاصة بنــزاعات العقود والمعاملات الإلكترونية، وذلك على غرار محكمة العدل الدولية أو محكمة الجزاء الدولية، وعلى الرغم من أن إنشاء هيئة تحكيم إلكتروني خاصة للنظر في المسائل والنــزاعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية لا يزال الطريق إليها بعيدًا، إلا أننا نجد إحدى المنظمات تحاول أن تفعل ذلك وهي مشروع القاضي الإفتراضي. تحت رعاية إحدى الجامعات الأمريكية، وهي تقوم بالوساطة في الخلافات الناتجة عن المعاملات والتعاقدات الإلكترونية، حيث يُختار المحكم وتُقدم الأدلة والمستندات ويصدر الحكم من خلال شبكة الإنترنت[1]. وعملية التحكيم الإلكتروني هذه اختيارية ولا يمكن إجبار أحد الخصوم عليها وذلك تطبيقًا لمبدأ سلطان الإرادة.

وتجدر الإشارة هُنا إلى أن جمعيات التحكيم الإلكتروني لم تنشر أحكامًا متعلقة بمنازعات العقود الإلكترونية، وفي ظل عدم نشر الأحكام فلا يوجد قضاء تحكيمي ناهيك عن أن أنظمة التحكيم الإلكتروني المعدة من قبل الهيئات المتخصصة لم تصل بعد إلى معالجة كافة المسائل القانونية، علاوة على وجود العديد من الصعوبات التي تظهر عند التطبيق ونتيجة لذلك دعا التوجيه الأوروبي الصادر عام ٢٠٠٠م المتعلق بالتجارة الإلكترونية الدول الأعضاء إلى تشجيع وضع تنظيم قضائي خاص بالمنازعات الإلكترونية وطالب اللجنة الأوروبية بأن تنقل كل المعلومات التي تتعلق بأعراف المعاملات التجارية الإلكترونية[2].

الاقتراح الرابع: العقود النموذجية:

تذهب مدرسة قانون التجارة الدولية إلى تعظيم دور الإرادة الفردية في إنشاء هذا القانون، ومن هذا المنطلق جُعلت للعقد دورًا مهمًا في ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي، ونتيجة لذلك اتجهت معظم المنظمات المهنية إلى إعداد عقود نموذجين الطابع

---

(١) www. Vmag.vclip. org.

(٢) أبو هشيمة، عادل: عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٥.

تتضمن العديد من العادات الجارية[1].

كما توجد العديد من نماذج العقود النمطية التي تُبرم بين الموردين والمستخدمين تتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية التي يجب إحترامها بين الطرفين[2]. ومن أمثلة ذلك، العقود التي أعدها هيئات مختلفة مثل قواعد السلوك الموحد لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الإلكتروني أو النموذج الذي أعدته جمعية المحامين الأمريكية، أو الإتفاق النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات.

الإقتراح الخامس: قواعد السلوك:

تُعد قواعد السلوك من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي للعقود الإلكترونية ويرجع ذلك إلى أن تنوع أنماط المتعاملين مع شبكة الإنترنت يتعارض مع وضع تنظيم آمر ومحكم، وبهذه المثابة تأتي ضرورة وجود قواعد السلوك التي تتضمن حدًا أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين والمستفدين من التعامل في هذا العالم الإفتراضي.

وتتمثل أهم هذه المبادئ والأحكام في عدم استخدام الحاسب في إلحاق الأذى بالآخرين أو التدخل في العمل المعلوماتي للآخرين، أو استخدامه في السرقة أو إنتحال مصنفات الغير، أو التفتيش والبحث في البطاقات الإئتمانية الخاصة بالآخرين من الغير[3].

الإقتراح السادس: العرف:

يذهب البعض إلى أن من بين المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي للعقود الإلكترونية العرف، على أساس أن المتعاملين في العالم الإفتراضي قد ساهموا في إنشاء تلك القواعد وذلك بطريقة تلقائية من خلال ما استقر عليه من عادات وأعراف وممارسات في الأوساط المهنية لهذا العالم الإفتراضي، بالإضافة إلى أن العرف يتلائم مع التطور السريع والمتلاحق في مجال العقود الإلكترونية، على خلاف القوانين الوضعية التي تتسم بالبطء.

---

(١) أبو هشيمة، عادل: عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سباق، ص١٤٦.

(٢) الأباصيري، فاروق: عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية – دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، مرجع سابق، ص١٣٥.

(٣) سلامة، أحمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص٥٦.

وأرى أن العرف قد لا يصلح، على الأقل في الوقت الحالي، لأن يكون من بين مصادر قواعد القانون الموضوعي للمعاملات الإلكترونية فهذا الوليد الجديد، العقد الإلكتروني مازال في مهده وما زالت السوابق القضائية في هذا الشأن قليلة و لم تصل إلى الحد الكافي لاعتبارها قواعد عرفية يمكن الرجوع إليها.

ومن جماع ما سبق، يتضح لنا أنه يجب على الدول التعاون فيما بينها في هذا المجال من خلال قواعد قانونية جديدة، مثل قواعد التبادل الإلكتروني للبيانات لسد ما يوجد من ثغرات في قوانينها الوطنية، خاصة وأن مجتمع تكنولوجيا المعلومات في تطور مستمر ومتزايد.

المبحث الثاني
التحكيم الإلكتروني

من أهم المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص خضوع القانون الدولي لقانون الإرادة، حيث أن الإرادة هي ضابط الإسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية[1]. ووفق هذا المبدأ يتم إخضاع العقد الإلكتروني الدولي للقانون الذي اختاره الأطراف، سواء كان إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق صريحًا أو ضمنيًا، أما في حالة غيبة الإرادة الصريحة للأطراف وتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية فإن على القاضي أن يطبق قانونه الوطني، وذلك في ضوء القوانين المدنية.

ولكن يلاحظ أنه قد صاحب الانتشار المتزايد في حجم التجارة الإلكترونية زيادة في معدل الخلافات الناجمة عنها مما استتبع البحث عن وسائل لتسوية منازعتها بطريقة إلكترونية تتمشى وطبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة وكونها تتم عبر شبكة إتصالات فاللجوء إلى القضاء ليس طريقًا مقبولاً لفض المنازعات الإلكترونية وليس التحكيم العادي طريقًا سريعًا بدرجة كافية، ولذلك ظهر التحكيم الإلكتروني أو التحكيم على الخط والتحكيم أمر استثنائي فلا يجوز لطرفي العقد الإلكتروني التمسك به إلا بإتفاق صريح بينهم على اللجوء إلى أسلوب التحكيم التقليدي أو الإلكتروني بدلاً من اللجوء إلى المحاكم العادية، وقد يكون بند التحكيم في صورة شرط في العقد الالكتروني – شرط التحكيم – كوسيلة لحل الخلافات المحتملة بين أطراف التعاقد، وقد يكون في صورة إتفاق لاحق – مشارطة التحكيم – على اللجوء

(١) إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص٣١٨.

بالمنازعة القائمة بينهم بالفعل إلى التحكيم للفصل فيها[1].

وأيًا كان شكل إتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه ولابد أن تسبقه مفاوضات بين الأطراف المعنية يتم فيها التفاوض على نقاط الخلاف الرئيسية التي سوف يقوم المحكمون بمناقشتها في حالة قيامها أو الخلافات القائمة فعلاً، ويتم في هذه المفاوضات الإتفاق على هيئة التحكيم المختصة بنظر النـــزاع، والقانون الواجب التطبيق، والإجراءات ونوع المسائل القابلة للتحكيم وعدد المحكمين، والزمن المحدد لإجرائه والمصاريف الإدارية ووسيلة الإتصال عبر الشبكات الإلكترونية، وتبادل المستندات عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس، وغيرها من الأمور الجوهرية، ويقتضي منا الأمر تناول ماهية التحكيم الإلكتروني، والمراكز المتخصصة فيه، وإجراءاته ومشروعية الإتفاق عليه والقانون الواجب التطبيق بشأنه، وذلك بالإيجاز الآتي:

أولاً: ماهية التحكيم الإلكتروني:

هو ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم، ويكون إتفاق التحكيم دوليًا إذا كانت المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية[2].

ولم يخرج المشرع المصري عند تعريفه لاتفاق التحكيم عن هذا المعنى، إذ نص في المادة (١٠) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أن إتفاق التحكيم هو «إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية».

ولا يختلف تعريف إتفاق التحكيم الإلكتروني عن ذلك، إلا أنه يتم عبر وسائط الكترونية وشبكة إتصالات مثل الإنترنت، ولذلك فهو يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكات الإتصال كالإنترنت دون حاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد.

وإذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية فإنه لا يوجد ما يمنع من أن

(١) الصاوي، أحمد: التحكيم وفقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ناشر، ط٢، ٢٠٠٤م، ص٤٨.

(٢) مخلوف، أحمد: إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص٦٥ وما بعدها.

يتم بأكمله أو بعض مراحله إلكترونيًا، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية.

وأرى أنه لا يوجد في نظام التحكيم الإلكتروني مكان تحكيم حقيقي، بل يحدد هذا المكان مجازًا أو افتراضيًا، ولا يلتقي فيه الأطراف أو المحكمون بل يتم ذلك على الخط عبر شبكات الإتصال الإلكتروني، وهو ما يثير مشكلة المكان والوقت اللذين يعتبر حكم التحكيم قد صدر فيهما، ولذلك يلجأ أطراف التحكيم في مرحلة التفاوض على الإتفاق مسبقًا على تحديد مكان وزمان صدور الحكم.

ويتم تقديم طلبات التحكيم والوثائق والمستندات من خلال مذكرات تُرسل عبر البريد الإلكتروني، وإذا رغب الأطراف في مناقشة بعض المسائل فإنه يتم اللقاء بينهم من خلال ما يُسمى بفرق المخاطبة والحوار على الإنترنت، ويُعقد في هذه الحالة مؤتمر عن بُعد بين جميع الأطراف المختصة يتناولون فيه الجوانب المتعلقة بموضوع التحكيم[١].

ومن المسائل التي يتم بشأنها التحكيم الإلكتروني على سبيل المثال لا الحصر، المنازعات الناجمة عن الإخلال ببنود العقود الإلكترونية، وحقوق والتزامات كل طرف ومسئولية مزودي خدمة الإنترنت، ونزاعات أسماء النطاق، وحقوق الطبع والخلافات حول السداد الإلكتروني.

ويخرج عن نطاق التحكيم الحر المنازعات التي لها تنظيم قانوني خاص مثل منازعات الأحوال الشخصية، ومنازعات العمل، ومنازعات حقوق الملكية الفكرية والعلامات التجارية، ومنازعات التحكيم الجمركي، ومنازعات التحكيم المنصوص عليها في قانون الضريبة العامة على المبيعات.

ومن الأمور التي تعوق تقدم التحكيم الإلكتروني إختراق السرية لعملية التحكيم عبر الإنترنت من قبل القراصنة أو المخربين، وهو ما يهدد ضمان سرية العملية التحكيمية وإزاء أهمية التحكيم الإلكتروني اهتمت الدول والمنظمات المختلفة بإصدار قوانين تبيح للأطراف اللجوء إليه عبر شبكة الإنترنت.

---

(١) شحاته، محمد نور: الوفاء الإلكتروني – بحث مقدم لمؤتمر التجارة الالكترونية والمنعقد بالمركز القومي للدراسات القضائية بوزراة العدل، القاهرة، ١٨ – ١٩ مايو ٢٠٠٢م، ص٣٢.

ثانيًا: ظهور المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني:

بإنتشار فكرة التحكيم الإلكتروني بدأت مراكز وتنظيمات متعددة تعمل على حل الخلافات والنـــزاعات عن طريق شبكة الإنترنت وذلك ضمن قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية التحكيمية.

ومن هذه المراكز جمعية المحكمين الأمريكية التي طورت نظام القاضي الإفتراضي، ومحكمة التحكيم الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية حيث وضعت نظامًا لتسوية منازعات أسماء الحقول، كما ابتكرت مراكز أخرى كنظام المفاوضات المباشرة، وهذا النظام يستخدم أسلوب الوساطة عبر الإنترنت الذي يساعد على حل العديد من النـــزاعات التي يتعذر توصل طرفي النـــزاع فيها لحل دون طرف ثالث يقوم بعملية الوساطة والتوفيق بينهما، وفي فرنسا تم إنشاء هيئة تحكيم خاصة سنة ١٩٩٧م وتعمل على تسوية المنازعات في المعاملات الإلكترونية صغيرة أو متوسطة القيمة.

وقد قامت بعض المؤسسات غير الحكومية مثل كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا بإنشاء نظام محكمة تحكيم إلكترونية أو المحكمة الفضائية، وترمي إلى وضع قواعد تتفق وطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناها وتسوية منازعاها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات المتبعة، كما تصدر هذه المحكمة شهادات مصادقة على المواقع الشبكية التي تستوفي الشروط المطلوبة بغرض بث الثقة بين الأطراف المتعاملة وهذه الشهادات تفيد إلتزام أصحاب المواقع بتسوية الخلافات والمنازعات مع المتعاملين معهم وفقًا للائحة إجراءات المحكمة، وهناك كذلك مجمع لندن المعتمد للمحكمين الذي اعتمد بروتوكول استخدام تكنولوجيا المعلومات في إدارة عملية التحكيم.

ونتيجة طبيعة منازعات العقود الإلكترونية وما تتطلبه من سرعة استدعت الضرورة البحث عن آلية أسرع من التحكيم الإلكتروني، وهو ما أدى إلى قيام بعض المراكز باللجوء إلى أسلوب التحكيم المعجل الذي ظهر العمل به في عام ١٩٩٨م.

ووفق هذا النظام يقوم المحكم بالنقر على مفتاح Creat a case وملء النموذج المُعد سلفًا من قبل المركز وإرساله له بالبريد الإلكتروني، يقوم المركز بإخطار المحتكم ضده وإعداد صفحة للنـــزاع على موقع المركز على شبكة الإنترنت ويزود كل طرف باسم مرور ليتمكن من دخول الموقع وعرض النـــزاع، وفي هذا النظام تتكون هيئة التحكيم من محكم فرد

وتنتهي القضية خلال شهر واحد من بدء الإجراءات[1].

ثالثًا: إجراءات التحكيم الإلكتروني:

إذا وقع خلاف بين أطراف التحكيم الإلكتروني فإنه قبل اللجوء إلى مركز التحكيم يتعين إتخاذ عدة إجراءات معينة لعرض النـــزاع على المركز المعين، ويمكن إيجاز هذه الإجراءات في الخطوات التالية[2]:

١ — يتم التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج المبين على موقع الإنترنت والمُعد سلفًا من قبل المركز أو الجهة المعنية بالتحكيم مبينًا به طبيعة الخلاف الناجم عنه النـــزاع وما قد يقترحه من حلول مناسبة، إذ يجب أن تتضمن وثيقة التحكيم تعيينًا لموضوع النـــزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين.

٢ — يقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه في نظر النـــزاع، وتحديد وسيلة الإتصال بهم وعما إذا كان عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس، وكذا تحديد عدد المحكمين. واختيار طريقة الإجراءات التي يرغب في إتباعها خلال نظر النـــزاع وكذلك تحديد مدة التحكيم.

٣ — تقديم الوثائق والمستندات والأدلة التي تدعم حق كل طرف، كما يرفق نسخة من إتفاق التحكيم، ويقوم المركز بالاتصال بالأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات وذلك وفق فترات زمنية معينة، ثم يتم أداء الرسوم الإدارية المحددة التي تختلف من مركز تحكيم إلى آخر.

٤ — يبدأ تاريخ نظر النـــزاع باستلام المركز لطلب التحكيم، ويقوم بإخطار المحتكم ضده بالإدعاء، وفي حالة عدم إخطاره بطلب التحكيم، وذلك لكي يتمكن من إبداء دفاعه بشأن موضوع النـــزاع وتقديم الأدلة والبيانات المؤيدة لدفاعه، ووفقًا لقانون التحكيم المصري فإن إجراءات التحكيم طبقًا للمادة (٢٧) تبدأ منذ يوم استلام المحتكم ضده طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك.

٥ — يحدد المركز موعد المحاكمة كي يقدم كل فريق الأدلة والبيانات ثم تبدأ عملية

---

(١) أبو الهيجاء، محمد إبراهيم: التحكيم بواسطة الإنترنت، الأردن، دار الثقافة، ٢٠٠٢م، ص٥٨.

(٢) المرجع نفسه، ص٥٩ وما بعدها.

التحكيم وتستمر إلى أن تنتهي بإصدار الحكم وقيده على الموقع الخاص بالقضية على الإنترنت.

رابعًا: مشروعية إتفاق التحكيم الإلكتروني:

لم يشترط المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية أن يكون شرط التحكيم الدولي مكتوبًا، كما لم تستلزم إتفاقية جنيف للتحكيم الدولي لعام ١٩٦١م أن يكون شرط التحكيم مكتوبًا لصحته، إلا أنه قد تشترط بعض التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية فيما يتعلق بإتفاق التحكيم، أن يتم إفراغه في شكل كتابي كشرط لصحته مثل قانون التحكيم المصري الذي نص في المادة (١٢) على أنه «يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلاً»، واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها حيث نصت في المادة (٢/٢) على أن شرط كتابة التحكيم يتحقق إذا ورد في عقد أو في إتفاق موقع عليه من أطرافه أو تضمينه خطابات أو برقيات متبادلة.

وإذا كان شرط الكتابة يتوافر بالكتابة الخطية التقليدية فإن التساؤل يثور حول مدى توافر هذا الشرط في إتفاق التحكيم الإلكتروني، أو من جهة أخرى ما هو حكم الكتابة الإلكترونية المستخدمة في تحرير إتفاق التحكيم وبالتالي مشروعيتها.

إن الكتابة بمعناها التقليدي تكون محررة على دعائم ورقية ولكن التطور التكنولوجي المستمر في وسائل الإتصال كالفاكس والتلكس والمصغرات الفلمية ومخرجات الكمبيوتر والشرائط الممغنطة أدى إلى ضرورة التوسع في هذا المفهوم التقليدي للكتابة ليستوعب التطور في عصر ثورة المعلومات والإتصالات، ذلك أن الهدف من الكتابة الإلكترونية لا تستلزم أن تكون محررة على دعامة ورقية.

ومن ثم أرى أنه لا يوجد ما يمنع من أن تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية طالما تحقق نفس الهدف، فالمهم هو أن يتم حفظ البيانات المتداولة إلكترونيًا بحيث يمكن الإحتفاظ بها والرجوع إليها عند الخلاف دون أن يطرأ عليها أي تعديل أو تحريف.

ولذلك نص قانون الانسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م على أن «شرط الكتابة يتحقق في أي وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال اللاسلكية والسلكية ما دامت توفر تدوينًا أو تسجيلاً للإتفاق (مثل الإسطوانات المدمجة والشرائط الممغنطة)» فالنص بهذه الصياغة أتاح إمكانية تحقق شرط الكتابة في تبادل البيانات إلكترونيًا أو في البريد الإلكتروني.

كما يوجد في بعض التشريعات الوطنية الحديثة، فيما يتعلق بالتحكيم نصًا صريحًا على تحقق شرط الكتابة في بنود التحكيم التي تحملها رسالة البيانات الإلكترونية وأنزلت بالتالي الكتابة الإلكترونية منــزلة الكتابة اليدوية، ومنها قانون التحكيم الألماني الصادر عام ١٩٩٧م حيث نص على أن إتفاق التحكيم يجب أن يكون واردًا في وثيقة موقعة أو تبادل للرسائل أو فاكسات أو برقيات أو غير ذلك من وسائل الإتصال التي توفر تدوينًا للإتفاق، وأن الشكل الكتابي يتوافر إذا ورد في وثيقة مرسلة من طرف إلى آخر ما دام لا يوجد اعتراض من المرسل إليه(١).

كما أقر القانون السويسري للقانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٧م بأن نص في المادة (١٧٨) على أن إتفاق التحكيم يعتبر مستوفيًا لشرط الكتابة إذا ورد في رسائل البرق أو الفاكس أو أي وسيلة إتصال أخرى متى كان يمكن إثباتها بالكتابة. ومما لاشك فيه أن إختلاف القوانين الوطنية في مسألة مدى تحقق شرط الكتابة في الرسائل الإلكترونية من شأنه أن يثير الكثير من الصعوبات في حالة تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية في بلد لا يأخذ بالتفسير الموسع لشرط الكتابة(٢).

وهو ما دفع المنظمات الدولية إلى محاولة إصدار الإتفاقيات التي تأخذ بالتفسير الموسع للكتابة، ومنها مشروع تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي، الجاري إعداده من قبل لجنة الأونسترال بالأمم المتحدة، والذي ينص على أنه: «يتعين أن يكون إتفاق التحكيم كتابيًا وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلاً ملموسًا للإتفاق أو يكون في المتناول على نحو آخر بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة»(٣) وهو ما يدل على أن إتفاقيات التحكيم يمكن أن تبرم بوسيلة أخرى ليس لها شكل المستندات الورقية كالإتصالات الإلكترونية مثلاً.

وقد ثار جدل ونقاش حول مدى حجية التوقيع الإلكتروني في هذا المجال، حيث أن القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم قد خلا من ثمة نص يقر حجية التوقيع الإلكتروني، ولكن المشرع المصري حسم هذا النقاش بالقانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤م الذي أقر فيه

(١) شرف الدين، أحمد: عقود التجارة الإلكترونية، دروس لدبلومتي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، بدون ناشر، ٢٠٠١م، ص١١٧.

(٢) شرف الدين، أحمد: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص١١٩.

(٣) وثيقة الأونسترال رقم unicetral, A/CN. 9/508, june 2002

حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

كما يثير التحكيم الإلكتروني عدة مشكلات ترجع في الأساس إلى أن النظم القانونية القائمة المنظمة لإجراءات التحكيم تفترض استخدام الدعائم الورقية والحضور الشخصي لأطراف النـــزاع بل تثور المشكلة كذلك في حالة طلب سماع شهود أو خبراء[1].

خامسًا: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الإلكتروني:

يعتبر مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة سواء في مجال التشريعات الوضعية أو الإتفاقيات الدولية أو لوائح التحكيم، ويترتب على هذه الاستقلالية أن الاتفاق على التحكيم الإلكتروني ليس مجرد شرط وارد في العقد الإلكتروني الأصلي، وإنما هو عقد آخر مستقل عنه.

وقد أكدت التشريعات الوطنية على هذا المبدأ حيث نصت على إعتبار «شرط التحكيم إتفاقًا مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحًا في ذاته»، وبذلك يكون هناك استقلالية في إتفاق التحكيم ويترتب على ذلك أثرين هامين:

أولهما: عدم إرتباط إتفاق التحكيم الإلكتروني بمصير العقد الأصلي، وهو ما يعني أن بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو عدم صحته لا يؤثر على إتفاق التحكيم طالما كان صحيحًا في ذاته ولم يُلحق به أي عيب من عيوب الإرادة.

ثانيهما: عدم خضوع إتفاق التحكيم الإلكتروني لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي ولذلك يجوز للأطراف والقضاء المختص إخضاع إتفاق التحكيم لقانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي.

وتُعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الإلكتروني من المسائل الهامة لأن هذا القانون هو الذي يحكم وجود إتفاق التحكيم وصحته ونفاذه وآثاره وتحديد ما يرتبه من حقوق والتزامات لأطراف الإتفاق.

---

(١) شرف الدين، أحمد: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، بدون ناشر، ٢٠٠١م، ص٣٤.

ويُسلم الفقه[1] في مجموعة بإخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة وبالتالي فإن القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة فالأطراف أحرار في إختيار القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم.

وكي تقوم إرادة أطراف التحكيم بوظيفتها في تحديد القواعد الإجرائية يجب أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة، وإذا لم توجد إرادة صريحة لهم، فإنه في مجال التحكيم قد يتعذر القول بإمكانية اللجوء إلى الإرادة الضمنية لأطراف التحكيم.

وأرى أن هناك عدة إمكانيات متاحة أمام الخصوم عند اختيار إجراءات التحكيم على النحو التالي:

١ – قد يتولى الخصوم بأنفسهم وضع إجراءات التحكيم. ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم العائم، ويُقصد به «التحكيم الذي يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه بشكل مفصل.

٢ – قد يتفق الخصوم على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم.

٣ – الإتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين.

٤ – قد يتفق أطراف التحكيم على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم.

وتثور الصعوبة في حالة عدم إختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، اختلف الفقه والقانون المقارن ولوائح مراكز التحكيم في هذا الشأن بصدد التحكيم التقليدي، حيث يوجد اتجاه يرجح خضوع الأمر لقانون مقر التحكيم، أي إخضاع إتفاق التحكيم لقانون البلد الذي أتفق على إجراء التحكيم فيه[2].

---

(١) شفيق، محسن: التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص٢٩٥، صادق، هشام علي: مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، القاهرة، الفنية للطباعة والنشر، ١٩٨٧م، ص٥٨.

(٢) صادق، هشام علي: مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص١٢٥ وما بعدها.

ونجد إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية قد اتبعت هذا الإتجاه حيث نصت في الفقرة الثانية من المادة الخامسة على: «رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي إذا لم يكن إتفاق التحكيم صحيحًا وفقًا للقانون المختار من قبل الأطراف وفي حالة عدم وجود إختيار من قبلهم وفقًا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

كذلك فإن معاهدة جنيف الموقعة سنة ١٩٦١م نصت في الفقرة (أ) من المادة التاسعة منها، وفي صياغة مماثلة لمعاهدة نيويورك، على أنه «إذا تعلق الأمر بوجود وصحة إتفاق التحكيم فإن محاكم الدول المتعاقدة تفصل في هذه المسألة وفقًا للقانون الذي اختاره الأطراف ليسري على إتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود تقنين أو إشارة في هذا الشأن فإن إتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي.

بينما نجد إتجاه آخر يميل إلى إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم[1]. وقد اتبع قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م هذه المنهجية حيث ورد النص في المادة (٢٥) منه «أن لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها».

ويصعب أعمال هذا بالنسبة للتحكيم الإلكتروني حيث يتم في عالم إفتراضي غير مرتبط بمكان محدد، ومن ثم يتعين إتفاق الأطراف مسبقًا فيه على تحديد القانون الواجب التطبيق، وإلا أصبحنا بصدد فراغ قانوني يتعذر مواجهته.

و لم يتخذ المشرع المصري موقفًا صريحًا من مسألة القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، ولكن مبدأ حرية إتفاق التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءاته يمكن استخلاصه من بعض النصوص الواردة في القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

فنجد المادة (٢٨) منه خولت لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم داخل البلاد بمصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها، ويستخلص البعض إتاحة الفرصة للطرفين في

---

(١) النمر، أبو العلا علي: دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، بدون ناشر، ط١، ٢٠٠٤م، ص٣٠٤.

اختيار مكان التحكيم، والإقرار بحريتهما في اختيار إجراءاته تعني بطريق غير مباشر حرية طرفا التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم[1].

كما قررت المادة (٣٩) من ذات القانون أن لهيئة التحكيم أن تطبق على موضوع النـــزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه.

(١) الجمال، مصطفى عبد العال، عكاشة: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ج١، ص٢٢٤.

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، حمدًا كبيرًا عظيمًا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، أحمده سبحانه وتعالى في كل وقت وحين، كما أحمده على توفيقه لي في إتمام هذا العمل المتواضع في إعداده، الهام في مضمونه وفحواه، والذي واجهني فيه العديد من الصعوبات منذ بداية نسج خطته ومرورًا بإعداده وانتهائًا بخاتمته، والتي كان من أبرزها على الإطلاق عملية البحث عن مصادر عربية وغربية لها، ولكن بتوفيق الله تعالى وبعد بحث جاد في دهاليز المكتبات العامة والخاصة، العربية منها وغير العربية، وفقني العلي القدير في الحصول على تلك المجموعة من المصادر والتشريعات والأنظمة لأبرز علماء القانون التجاري والمدني، والدولي الخاص، فلهم مني جميعًا خالص شكري وتقديري.

النتائج

وفي نهاية هذا البحث استخلص الباحث العديد من النتائج والتوصيات وقام بعرضها على النحو التالي:

أولاً: نتائج البحث:

١ – العقد الإلكتروني هو ذلك الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل الكترونية كليًا أو جزئيًا وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة للتبادل الخاص بالمعلومات بين المتعاقدين.

٢ – بدأ التعاقد الإلكتروني في الظهور منذ عام ١٩٤٧م وذلك بواسطة الوسائل المتاحة آنذاك وظل يتطور حتى وصل ذروته مع ظهور شبكة المعلومات العالمية «الإنترنت» في نهاية القرن المنصرم.

٣ – تشير الإحصاءات والتقديرات إلى نمو مضطرد في حجم التعاقدات الإلكترونية الدولية ففي فرنسا مثلاً أشارت أحد التقارير إلى أن المشروعات الفرنسية تبنت استخدام الإنترنت وذلك بنسبة ٢٤% عام ١٩٩٧م مقابل ١٤% عام ١٩٩٦م، كما أشار نفس التقرير إلى أن العدد قد يتضاعف ليصل إلى ٤٨% في عام ١٩٩٨م.

بينما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد وصلت المبيعات عام ١٩٩٦م مبلغ ٥١٨ مليون دولار مقابل ٥٠ مليون فرنك عن ذات العام ويتوقع أن تصل تعاقدات الإنترنت إلى ٦٥٧٩ مليون دولار ف الولايات المتحدة الأمريكية، وتسعة مليارات من الفرنكات الفرنسية في عام ٢٠٠١م.

٤ – تشير الإحصاءات كذلك إلى أن حركة التجارة الإلكترونية في زيادة مستمرة ففي عام ٢٠٠٠م وتحديدًا في بدايتها تحقق فائض قدره ٢٧٥ مليون دولار، وهذا الفائض أو الربح وصل إلى (١٠٠) مليار دولار للأفراد و(١٠٠) مليار دولار للهيئات وذلك عام ٢٠٠٣م.

٥ – نظرًا لأهمية موضوع التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي والمحلي فقد صدرت عدة مواثيق وتشريعات تنظم هذا الموضوع ومنها على سبيل المثال ما يلي:

أ – القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة عام

١٩٩٦م.

ب – توجيه المجلس الأوروبي رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٠م الصادر في ٨ أغسطس عام ٢٠٠٠م.

جـ - قانون التجارة الإلكترونية في سنغافورة عام ١٩٩٨م.

د – قانون التجارة الإلكترونية في جمهورية أيرلندا عام ٢٠٠١م.

هـ - القانون الفرنسي المعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني عام ٢٠٠٠م.

و – قانون المبادلات الإلكترونية التونسي عام ٢٠٠٠م.

٦ – هناك عدة وسائل للتعاقد الإلكتروني منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

أ – جهاز الميناتل.

ب – التلكس والفاكس.

جـ - البيجر.

د – التليفون المرئي والتليفزيون.

هـ - شبكة الإنترنت.

٧ – من أهم أسباب الزيادة في حركة التجارة الإلكترونية وسهولة حركة البيع عبر شبكات الإتصال وسرعتها، كذلك قلة نفقات الشراء كمصاريف السفر والانتقال والإقامة وغير ذلك.

٨ – هناك جوانب سلبية للتجارة عبر الإنترنت أو وسائل الإتصال الحديثة والتي من أبرزها وقوع غبن أو غش أو تدليس على المشتري حيث لا يتم معاينة السلعة وقت التعاقد وإنما يتم ذلك عند التسليم أي بعد الإيجاب والقبول ودفع الثمن.

٩ – يوجد بعض الخصائص للعقد الإلكتروني ومن أبرزها ما يلي:

أ – عدم وجود علاقة مباشرة بين أطراف العقد.

ب – وجود الوسيط الإلكتروني.

جـ - السرعة في إنجاز الأعمال.

١٠ – يوجد نظريتان تفسران وضع التعاقد الإلكتروني الجديد وهما:

أولهما: نظرية تقرر أن مجلس إنعقاد العقد أصبح موجودًا ولكن صورته هي التي تغيرت، وأصبح يتم عن طريق شبكة الإتصالات الإلكترونية الحديثة وتعد الشبكة في هذه الحالة بمثابة مجلس إنعقاد العقد.

ثانيهما: نظرية تقرر أن التعاقد الالكتروني الحديث الذي يتم عبر شبكة الإنترنت لا يوجد به ما يسمى بمجلس إنعقاد العقد على اعتبار أن التعاقد بالطريقة التقليدية له أركان لابد من توافرها، وذلك على العكس من التعاقد الإلكتروني الذي ليس ضمن شروطه توافر بعض تلك الأركان ومن ضمنها إنعقاد مجلس العقد.

١١ – يتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي ببعض الخصائص مثل:

أ – يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه.

ب – يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد الإلكتروني، ويُعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل أنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة إتصالات الكترونية.

جـ - يتصف العقد الإلكتروني غالبًا بالطابع التجاري الاستهلاكي.

د – العقد الإلكتروني غالبًا يتسم بالطابع الدولي أو العالمي.

هـ - من حيث الوفاء حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية.

و – من حيث الإثبات، فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند والتوقيع الإلكتروني.

ز – تنفيذ العقد الإلكتروني يتميز عن العقد التقليدي بأنه يمكن أن يُبرم ويُنفذ عبر الإنترنت دون حاجة إلى الوجود المادي الخارجي.

ح – العقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول، لأن إبرام العقد لا يتم إلا بالتقاء الإيجاب والقبول.

١٢ – الإيجاب الإلكتروني هو «تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بُعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للإتصالات بواسطة وسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة».

١٣ – هناك بعض الخصائص المميزة للإيجاب الإلكتروني، وهذه الخصائص هي:

أ – الإيجاب يتم عن بعد في العقود الإلكترونية.

ب – الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني.

جـ – الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجابًا دوليًا.

١٤ – القبول الإلكتروني هو «تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب».

١٥ – إن العبرة في تحديد إبرام العقد الإلكتروني من عدمه هو بالنظر إلى ما يحتويه مُلحق الرسالة من شروط وبنود، فإذا كانت الشروط ثانوية كشرط مكان التسليم أو طريقة السداد أُبرم العقد ما لم يتضح أن المتعاقدين قد إشترطا بأن العقد لا ينعقد إلا بالاتفاق على المسائل الثانوية.

١٦ – يتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني بحسب الطريقة التي يتم بها التعاقد وذلك على النحو التالي:

أ – في التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين – أي يكون الإتصال بينهما لحظيًا – فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع.

ب – في التعاقد عبر الموقع الإلكتروني "web" سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود، أو عن طريق التنـــزيل عن بُعد فإن المجلس يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج القابل من الموقع.

جـ - في حالة التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الإنتهاء من المحادثة.

١٧ – هناك فارق جوهري بين القبول عن طريق البريد الإلكتروني والقبول بالضغط على زر الموافقة أو عن طريق المحادثة والوسائل المرئية هو إتصال لحظي في جميع الأحوال، بعكس القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق فيه الإتصال اللحظي نظرًا لأن جهاز كمبيوتر الموجب قد يكون مغلقًا وقت بث رسالة القابل أو أن يكون هناك عطل في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي.

١٨ – التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا إلا في حالة التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانًا ومكانًا.

١٩ – يتحقق التسليم الإلكتروني عندما يضع البائع السلعة المباعة أو الخدمة تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا الأخير من الانتفاع بها دون عائق، وعلى البائع أن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق صعبًا وأن يُسلم السلعة في الموعد والمكان المحددين.

٢٠ – هناك صورتين للتسليم في العقود الإلكترونية وهما على النحو التالي:

أ – التزام المعلن بتسليم السلعة.

ب – التزام المعلن بتقديم الخدمة.

٢١ – تكون نفقات تسليم المبيع على البائع في العقود الالكترونية إلا إذا كان هناك إتفاق بخلاف ذلك، بينما الضرائب والجمارك يتحملها في الغالب المشتري.

٢٢ – إذا أخل البائع بتسليم المبيع بأي وجه من الوجوه في عقود التجارة الالكترونية يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحق به جراء عدم التسليم أو التسليم الناقص أو التسليم في وقت متأخر عن الوقت المتفق عليه، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني.

٢٣ – يتم الوفاء بقيمة السلعة في العقود الإلكترونية نقدًا بأي وسيلة إلكترونية مثل الشيكات الالكترونية والكمبيالات الالكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة.

٢٤ – هناك عدد من البطاقات التي تستخدم في تسليم قيمة المبيع الالكتروني ومنها:

أ – بطاقة الصرف البنكي.

ب – بطاقات الشيكات.

جـ - بطاقة السحب الآلي.

د – البطاقة الذكية.

هـ - بطاقات الإنترنت (ماستر كارد – فيزا كارد).

٢٥ – هناك مميزات لبطاقات الإنترنت تتمثل في:

أ – أنها لا تستخدم في عملية الشراء المباشر، وإنما يقتصر استخدامها على الشراء أو التسويق عبر الإنترنت.

ب – أن هذه البطاقات محددة بمبلغ صغير نسبيًا حتى تقلل المخاطر على حاملها.

جـ - هناك بعض المواقع على شبكة الإنترنت تقدم خدمة مشابهة للخدمة التي تقوم بها هذه البطاقة، ويسمى ذلك النظام بالحسابات الشخصية مسبوقة الدفع.

٢٦ – يحتاج التاجر لكي يستطيع أن يقبل سداد مقابل السلع والخدمات باستخدام بطاقة الإئتمان توافر عاملين:

الأول: فتح حساب تجاري بأحد البنوك.

الثاني: توافر مدخل الدفع الآمن له.

٢٧ – يستخدم التاجر بعض الأنظمة التأمينية التي لا تنتمي لنظام التشفير ومنها:

أ – طلب الشراء على مرحلتين.

ب – طريقة الأجزاء.

٢٨ – يقوم المشتري في العقود الالكترونية بالحصول على النقود الإلكترونية من البنك وتكون هذه العملات غالبًا فئة صغيرة، وللنقود الرقمية صورتان:

أ – تقود مجهولة المصدر.

ب – تقود رقمية ضئيلة القيمة (كالسنت والهللة والقرش).

٢٩ – التوقيع الالكتروني هو: «ما يوضع على محرر الكتروني عن طريق رموز خاصة أو

حروف أو أرقام أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره».

٣٠ – من أبرز وسائل الإثبات في العقود الالكترونية الكتابة والتوقيع الالكتروني.

٣١ – هناك شروط معينة لاعتبار رسالة الفاكس حجية في الإثبات ومن هذه الشروط:

أ – أن تحتوي الرسالة المرسلة منه وبوضوح على رقم الفاكس المرسل.

ب – أن تحتوي الرسالة المرسلة بوضوح على الرقم الكودي للدولة.

جـ – أن تحتوي الرسالة المرسلة على توقيع من الجهة المرسلة.

٣٢ – وضع المشرع الدولي قواعد منظمة للكتابة الواردة على دعامة أو وسائط غير الأوراق، مثل تلك الأوراق الواردة عبر الفاكس والتلكس وإعطائها حجية في الإثبات مثل المستندات الورقية وذلك من خلال بعض الاتفاقيات مثل:

أ – إتفاقية روما عام ١٩٥٨م بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبي وتنفيذها.

ب – إتفاقية نيويورك عام ١٩٧٢م بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع.

جـ – إتفاقية الأمم المتحدة عام ١٩٨٠م بشأن النقل الدولي للبضائع.

٣٣ – هناك شروط لقبول المحرر الرسمي التقليدي في الإثبات وهذه الشروط هي:

أ – صدور المحرر الرسمي من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

ب – صدور المحرر الرسمي من موظف عام في حدود سلطته واختصاصه المحلي والنوعي.

٣٤ – هناك شروط لقبول المحرر الرسمي الإلكتروني في الإثبات تختلف عن شروط قبول المحرر الرسمي التقليدي وهذه الشروط هي:

أ – وجود كتابة الكترونية أو توقيع إلكتروني.

ب – وجود عامة تحمل عليها هذه الكتابة الإلكترونية.

جـ – إثبات الواقعة القانونية بشروط معينة.

د – أن يقوم بإجراءات التحرير موظف عام مختص وفقًا لإجراءات منصوص عليها قانونًا.

٣٥ – لتحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية يجب إتباع الآتي:

أ – تحديد المشكلة القانونية.

ب – تطبيق القانون الالكتروني على تلك الواقعة أو المشكلة القانونية.

جـ - توحيد أختيار القواعد القانونية.

د – مراعاة القواعد العرفية أثناء نظر النـــزاع القانوني في العقود الإلكترونية.

هـ - مراعاة قواعد وأنماط السلوك الخاص بالمتعاملين الكترونيًا.

و – تطبيق قواعد العقود النموذجية والعمل بموجبها.

٣٦ – التحكيم الإلكتروني: «هو ذلك الإتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم ويكون إتفاق التحكيم دوليًا إذا كانت المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية.

التوصيات

ثانيًا: التوصيات:

من خلال تلك الدراسة إستطاع الباحث التوصل للتوصيات التالية:

١ – ضرورة وضع قواعد موحدة للعقود الإلكترونية عالميًا نظرًا لعالمية الوسائل التي يتم عقدها من خلالها «كالإنترنت».

٢ – يجب عقد مؤتمرات سنوية حول نشر ثقافة التعاقد الإلكتروني في كل دولة أو منطقة جغرافية لتبصير المتعاملين بتلك النوعية من العقود.

٣ – ضرورة إنشاء جهة دولة رسمية تشرف على إصدار تشريعات منظمة لتطبيق قواعد التعاقد الإلكتروني، وحل خلافاتها بواسطة جهات قضائية أو تحكيمية يتم إنشائها لهذا الغرض.

٤ – إصدار منشورات وكتيبات عن آلية التعاقد الإلكتروني وكيفية ونشرها عبر وسائل الإعلام المقرؤة أو بثها عبر وسائل الإعلام المرئية.

٥ – القضاء على القرصنة عبر شبكة المعلومات العالمية «الإنترنت» وذلك بوضع عقوبات رادعة على هؤلاء القراصنة.

٦ – ضرورة تقنين وسائل إثبات ميسرة للعقود الإلكترونية حتى يستطيع أطراف العلاقة التعاقدية إثبات حقوقهم والتزاماتهم بقواعد ثابتة وغير معقدة.

٧ – بيان ماهية المحرر الإلكتروني وكذلك التوقيع الإلكتروني بصورة دقيقة حتى يسهل تحديد كلاهما ونطاق حجيتهما في الإثبات.

٨ – يجب توحيد اختيار القواعد القانونية التي بها يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على الخلافات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية وذلك عن طريق الهيئات الدولية المعنية.

٩ – التوسع في إنشاء المراكز المتخصصة في مسائل التحكيم الإلكتروني وتدريب المحكمين على هذا النوع الوليد من التحكيم.

١٠ – الاستفادة من التحكيم التجاري التقليدي وذلك لإثراء مسائل التحكيم الإلكتروني.

١١ – السعي إلى تفعيل دور العرف وقواعد السلوك لحل المشاكل التي يُثيرها التعاقد الإلكتروني.

١٢ – ضرورة الإستفادة من قواعد التقنين المدني وذلك بهدف ضبط أركان العقد الالكتروني وشروطه ومبطلاته.

١٣ – رسم طرق مأمونة لوسائل دفع ثمن المبيع للحد من مخاطر الإعتداء على أموال المشتري عند إجراءات تسليم الثمن.

١٤ – وضع آلية سريعة لمعالجة موضوع معاينة السلعة المباعة وذلك عن طريق إرسال عينة أو كتالوج متطابق مع أصل السلعة أو البضاعة.

١٥ – وضع نظام رادع للقضاء على وسائل الغش والتدليس والتحايل في العقود الإلكترونية.

المصادر

المصادر

وهي مرتبة بحسب ورودها في البحث على النحو التالي:

أولاً: الكتب القانونية والمصادر المتخصصة «العربية»:

١ – الجنبيهي، منير وممدوح: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، (د. ت).

٢ – الرومي، محمد أمين: التعاقد الالكتروني عبر الإنترنت، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤م.

٣ – رمضان، مدحت عبد الحليم: الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.

٤ – حجازي، عبد الفتاح بيومي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية – المجلد الأول – شرح قانون المبادلات والتجارة التونسي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤م.

٥ – حسن، فاروق: البريد الإلكتروني، القاهرة، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٩٩م.

٦ – الجعلي، إبراهيم علي: الجات ومنظمة التجارة العالمية – الآثار على دولة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، إصدارات إدارة الدراسات بديوان ولي العهد، (د. ت).

٧ – قشقوش، هدى حامد: الحماية الجنائية للتجارة عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.

٨ – حجازي، عبد الفتاح بيومي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٥م.

٩ – العجلوني، أحمد خالد: التعاقد عن طريق الإنترنت – دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٢م.

١٠ – حامد، هند محمد: التجارة الإلكترونية في المجال السياحي: «بدون ناشر»، ٢٠٠٣م.

١١ – الهيجاء، محمد إبراهيم: التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت – دراسة مقارنة – عمان، دار الثقافة، ٢٠٠٢م.

١٢ – بدر، أسامة أحمد: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة مقارنة الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥م.

١٣ – قاسم، محمد حسن: التعاقد عن بُعد، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،

٢٠٠٥م.

١٤ – بدر، أسامة أحمد: الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، القاهرة، دار النهضة العربية، (د. ت).

١٥ – المهدي، نزيه محمد: مصادر الإلتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.

١٦ – إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦م.

١٧ – الصدة، عبد المنعم فرج: مصادر الإلتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.

١٨ – السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، ط٣، ١٩٨١م.

١٩ – العبودي، عباس: التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، الأردن، دار الثقافة للنشر، ١٩٩٧م.

٢٠ – سلطان، أنور: الموجز في مصادر الإلتزام، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥م.

٢١ – أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، الكويت، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م.

٢٢ – مجاهد، أسامة أبو الحسن: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.

٢٣ – حمد الله، حمد الله محمد: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩٧م.

٢٤ – جميعي، حسن عبد الباسط: حماية المستهلك، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.

٢٥ – رشدي، محمد السعيد: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، الكويت، مؤسسة دار الكتاب، ١٩٩٧م.

٢٦ – الأهواني، حسام الدين: النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٩٥م.

٢٧ – الصيرفي، ياسر أحمد كمال: دور القاضي في تكوين العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.

٢٨ – أبو السعود، رمضان: مصادر الإلتزام، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣م.

٢٩ – الجمال، مصطفى محمد: القانون المدني في ثوبه الإسلامي – مصادر الإلتزام، بدون بيانات نشر، ١٩٩٦م.

٣٠ – تناغو، سمير: نظرية الإلتزام، القاهرة، الدار الجامعية، ١٩٧٥م.

٣١ – مرقص، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني – نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون بيانات نشر، ط٤، ١٩٨٧م.

٣٢ – الجمال، إبراهيم رفعت: إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة، القاهرة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥م.

٣٣ – سلامة، أحمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص النوعي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٢م.

٣٤ – الأباصيري، فاروق: عقد الإشتراك في قواعد المعلومات، الاسكندرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.

٣٥ – شرف الدين، أحمد: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، نادي القضاة، ٢٠٠٤م.

٣٦ – حوتة، عادل أو هشيمة: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.

٣٧ – تناغو، سمير عبد السيد: عقد البيع، الاسكندرية، منشأة المعارف، (د. ت).

٣٨ – منصور، محمد حسنين: المسئولية الالكترونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣م.

٣٩ – الشوا، محمد سامي: ثورة المعلومات وانعكاساها على قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩٨م.

٤٠ – الصغير، جميل عبد الباقي: القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.

٤١ – رضوان، رأفت: عالم التجارة الإلكترونية، القاهرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ١٩٩٩م.

٤٢ – منصور، محمد حسين: الإثبات التقليدي والإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦م.

٤٣ – الأوزون، سمير عبد السميع: العقد الإلكتروني، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٥م.

٤٤ – جميعي، حسن عبد الباسط: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.

٤٥ – رشدي، محمد السعيد: التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة. ومدى حجيتها في الإثبات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٥م.

٤٦ – لطفي، محمد مسلم: استخدام وسائل الإتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة، دار غريب للنشر، ١٩٩٢م.

٤٧ – رشدي، محمد السعيد: حجية وسائل الإتصال الحديثة في الإثبات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤م.

٤٨ – سيد، أشرف جابر: موجز أصول الإثبات، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.

٤٩ – لطفي، محمد حسام: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.

٥٠ – شرف الدين، أحمد السعيد: حجية الكتابة الالكترونية في الإثبات، دبي، مركز البحوث والدراسات، ٢٠٠١م.

٥١ – مرقص، سليمان: شرح القانون المدني في الإلتزامات، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٦٤م.

٥٢ – السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في القانون المدني، القاهرة، دار إحياء التراث العربي، ١٩٧٣م.

٥٣ – سرور، محمد شكري: موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٦م.

٥٤ – سعد، نبيل إبراهيم: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٠م.

٥٥ – نشأت، أحمد: رسالة الإثبات، القاهرة، دار الفكر العربي، ط٦، (د. ت).

٥٦ – البارودي، علي: القانون التجاري، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م.

٥٧ – محمد، خالد عبد الفتاح: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.

٥٨ – أبو هشيمة، عادل: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.

٥٩ – لطفي، محمد حسام: عقود خدمات المعلومات – دراسة في القانون المصري والفرنسي، (بدون بيانات نشر)، ١٩٩٣م.

٦٠ – الصاوي، أحمد: التحكيم وفقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، (بدون بيانات نشر)، ط٢، ٢٠٠٤م.

٦١ – مخلوف، أحمد: إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.

٦٢ – الهيجاء، محمد إبراهيم: التحكيم بواسطة الإنترنت، الأردن، دار الثقافة، ٢٠٠٢م.

٦٣ – شرف الدين، أحمد: عقود التجارة الالكترونية – دروس لدبلومتي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، (بدون بيانات نشر)، ٢٠٠١م.

٦٤ – شرف الدين، أحمد: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، (بدون ناشر)، ٢٠٠١م.

٦٥ – شفيق، محسن: التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.

٦٦ – صادق، هشام علي: مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، القاهرة، الفنية للطباعة والنشر، ١٩٨٧م.

٦٧ – النمر، أبو العلا علي: دراسة تحليلية للمشكلات العلمية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، (بدون ناشر)، ط١، ٢٠٠٤م.

٦٨ – الجمال، مصطفى وعبد العال وعكاشة: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.

ثانيًا: الكتب القانونية والمصادر المتخصصة «الغربية»:

1- Micheal chissick& Alistrair Kelman, E.Commerce aguide to the law of electronic business, London, 2000.

2- Oliver Hanse& Susan Dionne, The new virtual mony, op, cit.

3- N.C. Pen. Section R653.2

4- Unsolicited Goods and services Act. 1971, ch30

amanded by Act. 1975.

5- Council of state, op. Cit.,

6- Calbriol, la prevue electronique, jcp, 2000.

7- Huet et H. Maisl . Droit de L'informalique et des te lecommunication, paris, 1989.

8- Jerome huet,La valeur juridique de la telecopie (oufax) Comparee au telex, recuail dallox sierey, 1993, 4 cahier chronique.

9- Comberterem jep, 2001.

10- Brahan, prevue, etctronique, petites offiches 19 fe ver, 2002.

11- Art 2 loi taubon 1994, Nog4 – 665.

ثالثًا: البحوث والرسائل العربية:

١ - أحمد، إبراهيم: تقرير عن الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر، بحث مقدم إلى مركز المعلومات ودعم القرار بمجلس الوزراء، مصر.

٢ - مجاهد، أسامة: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت – بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت بكلية الشريعة والقانون، بجامعة الإمارات في الفترة من ١-٣ مايو ٢٠٠٠م.

٣ - أحمد، مصطفى سعيد: التجارة الإلكترونية في القرن القادم – بحث مقدم للمؤتمر السابع للاقتصاديين الزراعيين بعنوان التكنولوجيا والتطور الزراعي، القاهرة – في الفترة من ٢٨-٢٩ أغسطس ٢٠٠١م.

٤– سرور، محمد شكري: التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك – بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول «الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية»، الإمارات العربية، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٣م.

٥ – حجازي، سهير: التهديدات الإجرامية للتجارة الالكترونية، الإمارات العربية – بحث مقدم لمركز البحوث والدراسات بشرطة دبي.

٦ – أبو الليل، إبراهيم دسوقي: بحث بعنوان الجوانب القانونية عبر وسائل الإتصال الحديثة –

مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت – كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، (١ – ٣) مارس، ٢٠٠٠م.

٧ – علوان، رامي: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الالكتروني – بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢٦، العدد الرابع، ديسمبر، ٢٠٠٢م.

٨ – الكندري، فايز عبد الله: التعاقد عبر شبكة الإنترنت في القانون الكويتي، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون والذي عقد في دبي في الفترة من ١٠ – ١٢ مايو، ٢٠٠٣م.

٩ – كريم، رجب: التفاوض على التعاقد – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠م.

١٠ – بدوي، بلال عبد المطلب: مبدأ حُسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠١م.

١١ – الرفاعي، أحمد محمد: الحماية المدنية للمستهلك – رسالة دكتوراه، القاهرة، جامعة عين شمس، ١٩٩٤م.

١٢ – الشافعي، جابر: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – رسالة دكتوراه، الإسكندرية، كلية الحقوق، ٢٠٠١م.

١٣ – الناصر، عبد الله بن إبراهيم: العقود الالكترونية: دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون والمنعقد بالإمارات العربية المتحدة في الفترة من (١٠ – ١٢) مايو ٢٠٠٣م.

١٤ – مؤمني، بشار طلال: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه، المنصورة، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣م.

١٥ – زهرة، محمد المرسي: الدليل الكتابي وحجيته مخرجات الكمبيوتر في الإثبات بحث مقدم من صفحة أعمال مؤتمر القانون والحاسب الآلي، الكويت، نوفمبر ١٩٨٩م.

١٦ – رشدي، محمد السعيد: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، القاهرة، كلية حقوق حلوان، المؤتمر العلمي الثاني، ١٩٩٩م.

١٧ – شحاته، محمد نور: الوفاء الالكتروني – بحث مقدم لمؤتمر التجارة الالكترونية والمنعقد بالمركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل، القاهرة، (١٨ – ١٩) مايو ٢٠٠٢م.

رابعًا: المقالات:

١ – إسماعيل، إبراهيم: فجوة في جدار مجتمع المعلوماتية – مقال بجريدة الأهرام المصرية، ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٢م.

٢ – مجاهد، أسامة أبو الحسن: استخدام الحاسب الآلي في المجال القضائي بمحكمة باريس الإبتدائية، القاهرة، مجلة القضاة، يناير ١٩٩٠م.

٣ – نصير، يزيد أنيس: الإرتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، جاعة الكويت، السنة ٢٧، العدد الثالث، سبتمبر ٢٠٠٣م.

٤ – الخولي، أسامة: الحاسوب هذا الطفل الذي ولد كبيرًا، القاهرة، مجلة عالم الفكر، عدد أكتوبر – نوفمبر – ديسمبر، ١٩٨٧م.

٥ – مقالة منشورة بمجلة نيوز الشرق الأوسط، عدد يوليو، ٢٠٠٢م.

خامسًا: القوانين والأنظمة والمعاهدات:

١ – قانون المعاملات الالكترونية الأردني.

٢ – مشروع قانون التجارة الالكترونية لدولة كلسمبرج.

٣ – مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري.

٤ – قانون التجارة الالكترونية التونسي.

٥ – قانون إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م.

٦ – قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

٧ – التقنين المدني المصري.

سادسًا: أحكام قضائية:

- حكم محكمة النقض المصرية (مدني) ١٩٣٨/٢/٣م، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض المصرية.

تلخيص بحث "العقد الإلكتروني"

تلخيص بحث "العقد الإلكتروني"

يُعد التعاقد الالكتروني من أحدث وسائل الإلتزام الذي بدأت تظهر بوادره في عام ١٩٤٧م وذلك من خلال الوسائل المتاحة آنذاك، والذي بدأ يتطور حتى وصل ذروته مع ظهور شبكة المعلومات العالية «الإنترنت» في نهاية القرن الماضي.

فالعقد الإلكتروني هو ذلك الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل الكترونية كليًا أو جزئيًا، وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية، أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة للتبادل الخاص بالمعلومات بين المتعاقدين.

وتشير التقديرات إلى أن هناك نمو مضطرد وبصورة كبيرة في حجم التعاقدات الإلكترونية الدولية، وقد ظهر هذا النمو بشكل ملحوظ في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، سواء كان ذلك عن طريق الأفراد أو الهيئات والشركات.

ونظرًا لأهمية موضوع التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي والمحلي فقد صدرت عدة مواثيق دولية وتشريعات محلية وإقليمية تُنظم هذا الموضوع، ومن أبرز تلك المواثيق والتشريعات القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية والذي صدر عن الأمم المتحدة عام ١٩٩٦م، والتوجيه الخاص بالمجلس الأوروبي رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٠م الصادر في ٨ أغسطس من العام ٢٠٠٠م، وأيضًا قانون التجارة الإلكترونية الذي تم نسجه في سنغافورة عام ١٩٩٨م وقانون التجارة الالكترونية في جمهورية أيرلندا الصادر عام ٢٠٠١م، والقانون الفرنسي المتعلق بتكنولوجيا المعلومات الإلكتروني عام ٢٠٠٠م وقانون المبادلات الإلكترونية التونسي الصادر عام ٢٠٠٠م.

وقد ظهرت نتيجة هذا النمو المضطرد عدة وسائل للتعاقد الالكتروني منها على سبيل المثال جهاز المنياتل، وجهازي التلكس والفاكس، وكذلك جهاز البيجر أو النداء الآلي، ودخل معهم أيضًا جهازي التليفون المرئي والتليفزيون العادي، وأخيرًا شبكة المعلومات العالمية «الانترنت».

ويمكن القول أن هناك أسباب لزيادة حركة التجارة الالكترونية ومن أبرز تلك الأسباب سهولة حركة البيع عبر شبكات الإتصال وسرعتها، وكذلك قلة نفقات الشراء كمصاريف السفر والانتقال والإقامة وغير ذلك.

والتعاقد الالكتروني مثله مثل التعاقد التقليدي له بعض الجوانب السلبية والتي من أبرزها وقوع غبن أو غش أو تدليس أو إحتيال من بعض ضعاف النفوس، وتقع هذه السلبيات غالبًا على المشتري حيث لا يتم معاينة السلعة وقت التعاقد، وإنما يتم ذلك وقت التسليم بعد الإيجاب والقبول ودفع الثمن.

والثابت أن هناك بعض الخصائص للعقد الإلكتروني ومن أبرز هذه الخصائص عدم وجود علاقة مباشرة بين أطراف العقد، وأيضًا وجود الوسيط الإلكتروني وأخيرًا السرعة في إنجاز الأعمال.

وقد وضع خبراء القانون نظريتان لتفسير التعاقد الإلكتروني إحداهما تقرر أن مجلس إنعقاد العقد أصبح صحيحًا وموجودًا ولكن صورته هي التي تغيرت وأصبح يتم عن طريق وسائل الإتصال الإلكتروني الحديثة كالفاكس والتلكس والتليفون المرئي والتليفزيون أو شبكة المعلومات العالمية «الإنترنت» وفي هذه الحالة تعتبر الوسيلة الإلكترونية بمثابة مجلس إنعقاد العقد، وثانيها تُقرر أن التعاقد الإلكتروني الحديث الذي يتم عبر وسائل الإتصال الحديثة لا يوجد بها ما يسمى بمجلس إنعقاد العقد على اعتبار أن التعاقد بالطريقة التقليدية له أركان لابد من توافرها، وذلك على العكس من التعاقد الإلكتروني الذي ليس من شروطه توافر بعض تلك الأركان عكس التعاقد الإلكتروني.

ولكي يتم الوقوف على مميزات العقد الإلكتروني بالإضافة على المميزات السابقة بيانها للعقد الالكتروني كان لزامًا توضيح بعض المميزات الأخرى ومنها ما يلي:

١ – إنعقاد العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه.

٢ – استخدام الوسائط الالكترونية في إبرام التعاقد الالكتروني، ويُعد ذلك من أبرز مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل تُعد أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة إتصالات إلكترونية.

٣ – يتميز العقد الالكتروني بطابع تجاري استهلاكي، وكذلك بالطابع العالمي.

٤ – يتميز الوفاء فيه بالوسائل الإلكترونية للدفع وذلك أسهل من الوسائل المتبعة للوفاء العادي المتمثلة في النقود العادية.

٥ – من حيث الإثبات يتميز العقد الإلكتروني بدعامته الورقية التي تبرز الوجود المادي

للعقد التقليدي، وكذلك المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

٦ – ينفرد العقد الإلكتروني عن التقليدي بأنه يمكن إبرامه وتنفيذه عبر الإنترنت دون حاجة إلى وجوده المادي الخارجي والمتداول.

٧ – يتفوق العقد الإلكتروني بأنه عقد مقترن بحق العدول حيث أن إبرامه لا يتم إلا بالتقاء الإيجاب والقبول.

وبما أن الحديث عن أركان العقد الإلكتروني فيجب معرفة ماهية الإيجاب الإلكتروني الذي هو: «تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بُعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للإتصالات بواسطة وسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة».

وفي نطاق الحديث عن إيجابيات التعاقد الإلكتروني، يمكن القول أن هناك عدة خصائص من أبرزها أن الإيجاب يتم عن بعد في العقود الإلكترونية، وأن الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني، وكذلك فإن الإيجاب الالكتروني غالبًا ما يكون دوليًا وله صفة العالمية خصوصًا مع انتشار وسائله ومنافذه عبر العالم.

وكما تم بيان الإيجاب الالكتروني لذلك يجب بيان القبول الالكتروني الذي هو عبارة عن تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب.

إن العبرة في تحديد إبرام العقد الإلكتروني من عدمه هو بالنظر إلى ما يحتويه مُلحق الرسالة من شروط وبنود، فإذا كانت الشروط ثانوية كشرط مكان التسليم أو طريقة السداد أبرم العقد مالم يتضح أن المتعاقدين قد اشترطا بأن العقد لا ينعقد إلا بالإتفاق على المسائل الثانوية.

وقد نظم المشرع الالكتروني عملية تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين – أي يكون الإتصال بينهما لحظيًا – فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع، بينما في التعاقد عبر الموقع الالكتروني "web" سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود، أو عن طريق التنــزيل عن بُعد فإن المجلس يبدأ من حين دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج القابل من الموقع، وفي حالة التعاقد

عن طريق المحادثة والمشاهدة فإن المجلس يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الإنتهاء من المحادثة.

وهناك فارق جوهري بين القبول عن طريق البريد الإلكتروني والقبول بالضغط على زر الموافقة أو عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق فيه الإتصال اللحظي نظرًا لأن جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب قد يكون مغلقًا وقت بث رسالة القابل أو أن يكون هناك عطل في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الإتصال اللحظي.

والتعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا إلا في حالة التعاقد غير اللحظي حين يكون بين غائبين زمانًا ومكانًا.

ويتحقق التسليم الالكتروني في حالة أن يضع البائع السلعة المباعة أو الخدمة تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا الأخير من الانتفاع بها دون عائق، وعلى البائع أن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق صعبًا وأن يُسلم السلعة في الموعد والمكان المحددين.

ويتخذ التسليم في العقود الإلكترونية صورتين إحداهما التزام المعلن بتسليم السلعة، بينما الثانية تتمثل في التزام المعلن بتقديم الخدمة.

وتكون نفقات تسليم المبيع على البائع في العقود الالكترونية إلا إذا كان هناك إتفاق بخلاف ذلك، بينما الضرائب والجمارك يتحملها في الغالب المشتري.

فإذا أخل البائع بتسليم المبيع بأي وجه من الوجوه في عقود التجارة الالكترونية يجوز للبائع أن يطالب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب عدم التزام البائع بالتسليم سواء كان هذا التسليم والإخلال فيه كليًا أو جزئيًا أو تم التسليم في وقت متأخر عن الوقت المتفق عليه، كما يستطيع أن يطالب البائع عادة بالتنفيذ العيني وذلك بدعوى قضائية يتم رفعها على المشتري إذا أخل بالتسلم ويتم الوفاء بقيمة السلعة في العقود الالكترونية نقدًا بأي وسيلة الكترونية مثل الشيكات الإلكترونية والكمبيالات الإلكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة.

كما أن هناك عدد من البطاقات التي تُستخدم في تسليم قيمة المبيع الالكتروني ومنها: بطاقات الصرف البنكي، وبطاقات الشيكات، وبطاقات السحب الآلي، والبطاقات الذكية، وبطاقات الإنترنت (ماستر كارد وفيزا كارد) وغير ذلك من وسائل دفع المقابل في التجارة

الإلكترونية.

ومن مميزات بطاقات الإنترنت المستخدمة في دفع القيم النقدية للسلعة ما يلي:

١ – أنها لا تستخدم في عملية الشراء المباشر، وإنما يقتصر استخدامها على الشراء أو التسويق عبر الإنترنت.

٢ – أن هذه البطاقات محددة بمبلغ صغير نسبيًا حتى تُقلل المخاطر على حاملها.

٣ – هناك بعض المواقع على شبكة الإنترنت تقدم خدمة مشابهة للخدمة التي تقوم بها هذه البطاقة، ويسمى ذلك النظام بالحسابات الشخصية مسبوقة الدفع.

ويحتاج التاجر لكي يستطيع أن يقبل سداد مقابل السلع والخدمات باستخدام بطاقة الأئتمان توافر عاملين وهما فتح حساب تجاري بأحد البنوك محلية كانت أو عالمية بالإضافة إلى توافر مدخل الدفع الأمن له.

كما يستخدم التاجر بعض الأنظمة التأمينية التي لا تتبع نظام التشفير ومن تلك الأنظمة طلب الشراء على مرحلتين، وأيضًا إتباع طريقة الأجزاء.

ويقوم المشتري في العقود الإلكترونية بالحصول على النقود الالكترونية من البنك وتكون هذه العملات غالبًا فئة صغيرة، والمعروف أن للنقود الرقمية صورتان إحداها مجهولة المصدر، والثانية تقود رقمية ضئيلة القيمة مثل السنت والهللة والقرش والليرة، ووحدات العملات الأخرى.

بعدما سبق من معلومات وأحكام وخصائص ومميزات وعيوب وأركان للعقد الالكتروني يبقى ضرورة معرفة التوقيع الالكتروني الذي هو: «ما يوضع على المحرر الالكتروني عن طريق رموز خاصة أو أرقام أو حروف أو إشارات أو غير ذلك من العلامات، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره من المتعاملين في هذا النوع من التجارة».

ولإثبات العقود الإلكترونية وفض النـــزاع بشأنها فقد وضع فقهاء القانون عدة شروط لاعتبار وسائل التعاقد الالكترونية معتبرة في الإثبات. فمثلاً من شروط اعتبار رسالة الفاكس حجة في الإثبات أن تحتوي هذه الرسالة المرسلة بوضوح على رقم الفاكس المرسل، وكذلك الرقم الكودي للدولة، وأيضًا يجب أن تكون محتوية على توقيع من الجهة المرسلة، كما وضع

المشرع الدولي بعض القواعد المنظمة للكتابة الواردة على دعامة أو وسائط غير الأوراق، مثل تلك الأوراق الواردة عبر الفاكس والتلكس وإعطائها حجية في الإثبات مثل المستندات الورقية وذلك من خلال إتفاقية روما عام ١٩٥٨م بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبي وتنفيذها، وكذلك إتفاقية نيويورك عام ١٩٧٢م بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع، وأيضًا إتفاقية الأمم المتحدة عام ١٩٨٠م بشأن النقل الدولي للبضائع.

كما أن هناك شروط وضعها علماء القانون لقبول المحرر الرسمي التقليدي في الإثبات كصدوره من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، وأن هذا المحرر الرسمي الصادر من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه المحلي والنوعي. فإن هناك شروط وضعها أيضًا المشرع الدولي لقبول المحرر الرسمي الالكتروني في الإثبات ومن أبرز تلك الشروط وجود كتابة إلكترونية أو توقيع الكتروني ووجود دعامة تُحمل عليها هذه الكتابة الإلكترونية، وإثبات الواقعة القانونية بشروط معينة، وأخيرًا أن يقوم بإجراءات التحرير موظف عام مختص أو شخص مكلف بخدمة عامة وذلك وفقًا للإجراءات المنصوص عليها قانونًا.

ولكي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية يجب إتباع الخطوات الضرورية التالية:

١ – تحديد المشكلة القانون ومعرفة جوانبها وفحواها.

٢ – تطبيق القانون الإلكتروني الواجب على تلك الواقعة أو المشكلة القانونية.

٣ – توحيد إختيار القواعد القانونية حتى لا يحدث تنازع بينهما عن الاختلاف.

٤ – مراعاة قواعد العرف المتأصلة أثناء نظر النـــزاع القانوني في العقود الإلكترونية.

٥ – مراعاة أنماط وقواعد السلوك الخاص بالمتعاملين الكترونيًا.

٦ – تطبيق قواعد العقود النموذجية وأيضًا العمل بموجبها.

وقد ظهر في مجال التنازع حول العقود الإلكترونية نظام التحكيم الالكتروني والذي عرفه علماء القانون بأنه: «هو ذلك الإتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم، ويكون إتفاق التحكيم دوليًا إذا كانت المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية.

وهناك عدة إمكانيات متاحة أمام الخصوم عند اختيار إجراءات التحكيم ومن هذه الإمكانيات ما يلي:

١ – قد يتولى الخصوم بأنفسهم وضع إجراءات التحكيم، ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم العائم، ويُقصد به «التحكيم الذي يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه بشكل مفصل.

٢ – قد يتفق الخصوم على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم.

٣ – الإتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون محلي معين.

٤ – قد يتفق أطراف التحكيم على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم.

ولكن الصعوبة تظهر في حالة عدم إختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، وهنا اختلف الفقه والقانون المقارن ولوائح مراكز التحكيم في هذا الشأن بصدد التحكيم التقليدي، حيث يوجد إتجاه يرجح خضوع الأمر لقانون مقر التحكيم، أي إخضاع إتفاق التحكيم لقانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه. وقد أيدت هذا الاتجاه إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وكذلك معاهدة جنيف الموقعة عام ١٩٦١م، ولكن هناك اتجاه آخر يميل إلى إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم.



الفهرس

الفهرس



3- Egyptian e- commerce law project

4- Tunisian e- commerce law

5- Dubai Emirate Law No. 2 for the year 2002

6- Egyptian e-signature law No. 15 for the year 2004

7- Egyptian civil codification

Six: judicial rulings:

- Ruling of the Egyptian court of cessation (civil) 3/2/1938, a series of rules approved by Egyptian court of cessation.

Four: Articles:

1- Ibrahim Ismaeel: a gap in the wall of information society- an article in Egyptian Ihram newspaper, 29 dec. 2002

2- Usamah Abulalhassan Mujahid: use of computer in judicial field at primary Paris court ,Cairo , justice magazine, Jan 1990

3- Yazid Anis Naseer: correlation between approval and acceptance in the Jordanian law and the comparative law, law magazine , Kuwait university year 27, edition 3, sep. 2003

4- Usamah Al Kholi: compute this child who was born a head of his time, alam al fikr magazine ,. edition- Oct.- Nov. – Dec. edition 1987

5- An article published in middle east news magazine July edition 2002

Five: Laws, regulation and treaties:

1- Jordan Law of Electronic dealings

2- E- commerce law project for Luxembourg state

between Sharia and the law convened in Dubai during 10-12 may 2003

14- Bashar Talal Mooumeeni: problems of contracting through the internet- comparative study- doctorate thesis , Mansourah university 2003

15- Mohamed Al marsi Zahrah: guide and computer outputs arguments in verification- research presented to the computer and law conference, Kuwait, nov. 1989.

16- Mohamed Al Saeed Rushdi.: Internet and legal aspects of information systems, Cairo college of Law, Halwan, 2nd scientific conference 1999

17- Mohmed Nour Shahatah: e- payment- research presented to e-commerce conference convened at the national judicial study center, at the ministry of justice, Cairo (18-19) may 2002

the internet in the Kuwaiti law, research presented to the conference of the electronic banking business between Sharia and the law convened in Dubai during 10-15 may 2003

9- Rajab kareem: negotiation on contracting-comparative study- doctorate thesis presented to the law department ,Aeen Shams university, 2000

10- Bilal Abdulmutalib Badawi: principle of good intent during negotiating phase prior to concluding international commerce contracts, doctorate thesis, Aeen Shams university 2001.

11- Ahmed Hasan Al Rufaee: consumer civil protection – doctorate thesis, Aeen Shams university 1994,

12- Jabir al Shafee: contract council in Islamic jurisprudence and the positive law-doctorate thesis, Alexandria , college of law 2001

13- Abdullah ibn Ibrahim al Nasir: e-contracts: jurisprudence applied study , comparative – research presented to the conference of the electronic banking business

3- Mustaf Saeed Ahmed: e- commerce in the next century – research presented to 7th conference of economists and agrarians titled Technoloy and agricultural development , Cairo during 28-29 A august 2001

4- Mohammed Shukri Saror: e- commerce and consumer protection prerequisites, a research presented to the 1st scientific conference on the " e- operation security and legal aspects" Dubai Police academy 2003

5- Suhair Hijaiz: criminal threats to the e-commerce, UAE- research presented to Dubai police research and study center

6- Ibrahim Dasooqi Abul Aleel: research titled legal aspects through modern communication means- presented to law, computer and internet conference – faculty of Sharia and law, UAE university (1-3 March 2000

7- Rami Alwan: expression of will through the internet and e-contracting verification- research published in rights magazine, Kuwait university, year 26, 4 Dec. 2002

8- Fair Abdullah Al Kandari; contracting through

5- Council of state, op. cit

6- Calbriol, La preveue electronique, jcp, 2000

7- Huet et H. Maisl. Droitr del 1 informalique et des te lecommuincation, paris, 1989

8- Jeromet huet, La valeur juridique del la telecopie (oufax) comparee au telex. Recuail dollox sierery, 1993, 4 cashier chronique.

9- Comberterm jep, 2001

Third: Arab research and thesis (papers)

1- Ibrahim Ahmed: report on legal aspects of e-commerce in Egypt, research presented to the information center supported by ministerial council resolution in Egypt

2- Usamah Mujahid: confidentiality of e-contracting- research presented to conference of law, computer and internet at the faculty of law and Sharia, UAE university during 1-3 may 2000

arbitrators names in intentional private relations, Cairo, Faneeha for printing and publication , 1987

67- Abu Al Alu Ali Al Nameer: analytical study of the legal and scientific problems in international commerce arbitration, (without publisher), 2004

68-Mustafa and Abdulal and Aqasha Jamal: arbitration in intentional private and internal relations, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 1998

Second: Law books and specialized sources "West"

1- Michael chissick & Alistrair Kelman. E. commerce a guide to the law of electronic business , London 2000

2- Oliver Hanse & Susan Dionne , the new virtual money op cit.

3- N.C. Pen. Section R653.2

4- Unsolicited Goods and services Act. 1971, ch30 amended by Act 1975

60-Ahmed Al Sawi: Arbitration according to the law No. 27 for 1994 and the international arbitration systems (without publication data) 2004

61-Ahmed Makhloof; Arbitration agreement as a method to settle disputes of the international commerce, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2001

62-Mohamed Ibrahim Al Haijah: arbitration through the internet, Jordan, Dar Al Thaqafa, 2002

63-Ahmed Sharafudeen: e- commerce contracts- diploma lessons for private law and international commerce law (without publication data) 2001

64-Ahmed Sharafudeen: e- commerce legal aspects (without publisher) 2001

65-Muhsin Shafeeq: international commerce arbitration: Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 1997

66-Hashim Ali Sadiq: the problem of the arbitration lacking the nomination of the

Cairo Dar Ihya Al Turahth Al Arabi, 1973

53-Mohamed Shukri Saror: Brief of verification fundamentals in civil and trade articles, Cairo Dar al Fikr Al Arabi 1986

54-Nabil Ibrahim Saad: verification in civil and trade articles , Alexandria , Manshat al Mareef, 2000

55-Ahmed Nashat: verification message, Cairo Dar al Fikr Al Arabi

56-Ali Albaroodi: commercial law. Alexandria, Manshat al Mareef, 1999

57-Khalid Abdulfatah Mohamed: consumer protection in the private international law, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2002

58-Adeel Abu Hasheemah: e- information service contract in the private international law, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2004

59-Mohamed Husam Lutfi: information service contract- study in the Egyptian and French law (without publication information), 1993

2005

46-Mohamed Muslim Lutfi, use of Modern communication means in negotiating and concluding contacts, Cairo, dar Ghreeb for publication 1992

47-Mohamed Al Saeed Rushdi; modern communication means verification argument, Alexandria Mansaht al Mareef, 2005

48-Ashraf jabif Saied: brief of verification fundamentals, Alexandria Mansaht al Mareef, 2003

49-Mohamed Husam Lutfi: legal framework of e – dealings: Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2002

50-Ahmed Al Seed Sharafadeen: e- writing verification argument – Dubai, research and study centr, 2001

51-Sulaiman Marqas: explanation of the commitments in civil laws, Cairo international printing press, 1964

52-Abdulraziq Al Sanhoori: Al Wasit in civil law,

publication 2003

39-Mohamed Sami al Shewa: information revolution, impacts on penalty law, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 1998

40-Jameel Abdulbaqi Al Saqeer: criminal law and modern technology, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 1992

41-Rafat Rudwan: e-commerce world: Cairo, Arab organization for administrative development, 1999

42-Mohamed Husain Mansour: electronic and traditional verification, Alexandria, Dar Al Fikr Al jamiee, 2006

43-Sameer Abdulsamee Al Ozoon: e- contract, Alexandria Manshat al Mareef, 2005

44-Hassan Abdulbasit Jumaee: verification of legal acts made through the internet, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2004

45-Mohamed Al Seed Rushdi: contracting via modern communication and verification argument , Alexandria Mansaht al Mareef,

31-Sulaiman Marqas: Al wafi , explanation of the civil law- contracting theory- individual will, without publication information, 1987

32-Ibrahim Rifat al Jamal; sales convening through modern communication means, Cairo , Dar al fikr al jamiee, 2005

33-Ahmed AbdulKareem Salamah: international law, private, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2002

34-Farooq al Abaseeri: sharing contract in database, Alexandria, Dar al Nahdah al Arabia, 2003

35-Ahmed sharafudeen: verification rules in civil and trade articles, Cairo, Justice house, 2004

36-Adeel or hashemah Hotah: e- information services contract in the private international law, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2004

37-Sameer Tanaghoo: sales contract, Alexandria , Mnasat al Mareef

38-Mohamed Husain Mansoor: e- responsibility, Alexandria , new university house for

al Al fikr al Arabia, 1997

24-Hassan Abdulbasit Jumaee: Consumer protection: Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 1996

25-Mohamed Al Seed Rushdi: Internet and the information system legal aspects, Kuwait, Dar Al Kitab est. 1997

26-Husam al deen Al Ahwani: commitment general theory- commitment sources- Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 1995

27-Yasir Ahmed Kamal al Sayrafi: judge role in contract formation- Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2000

28-Ramadan Abdu al Sood: commitment sources: Alexandria, university publication house, 2003

29-Mustafa Mohamed Al Jamal: civil law in Islamic disguise – commitment sources, without publication information, 1996

30-Sameer Tanaghoo: commitment theory: Cairo university house, 1975

Al fikr Al jamiee, 2006

17-Abdulmuneem Faraj Al sadah: Commitment sources: Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 1986

18-Abdulraziq al Sanhoori: al Waseet, explanation of the civil law- contract theory- Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 1981

19-Abbas al Aboodi: contracting through instant mediums and verification arguments in civil law, Jordan , Dar al Thaqafa for publication, 1997

20-Anwar Sultan: a brief of commitment sources, Alexandria , Mansahat al Mareef, 1995

21-Ibrahim Al Dasooqi Abu aleel: legal aspects of e- dealings, Kuwait, university of Kuwait, 2003

22-Usama Abu Al hassan Mujahid: privacy of e-contracting, Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2000

23-Hamad Allah Mohamed Hamadallah; consumer protection in facing arbitrary conditions in consumer contracts, Cairo , Dar

comparative legal systems, Alexandria , dar al fikr al jamee, 2005

9- Ahmed Khalid al Alooji; e- contracting – comparative study, Amman dar al thaqafa for publication and distribution,2002

10-Hind Mohamed Hamid: e- commerce in tourist field, without publisher, 2003

11-Mohamed Ibrahim al Hajah: e- sales contracting- comparative study, Amman, dar al Thaqafa, 2002

12-Usama Ahmed Badr: consumer protection in e-contracting – comparative study, Alexandria , Dar al jamieea al Jadeedah for publication , 2005

13-Mohamed Hassan Ghasim: Distance contracting , Alexandria , Dar al jamieea al Jadeedah for publication 2005

14-Usama Ahmed Badr; multi media between reality and law- Cairo – Dar al Nahdah al Arabia

15-Nazieeh Mohamed al Mahdai: commitment sources: Cairo , Dar al Nahdah al Arabia, 2001

16-Khalid Mamdooh Ibrahim: making e-contracts- comparative study, Alexandria. Dar

Bibliography

First: Law books and specialized sources (Arabic):

1- Al Juhaynee, Munir and Mamdouh: the legal nature of the e- contracts , Alexandria, Dar Al fikr al jamiee
2- Mohamed Ameen Al roomi: e- contracting through the internet. Alexandria , university publication house 2004
3- Midhat abdul Haleem Ramadan: criminal protection of the e- commerce, Cairo, dar al Nahdah al Arabia 2001
4- Abdul fatah Hijazi Bauoomi; introduction to Arab e-commerce- vol.1- explanation of the Tunisian trade exchanges, Alexandria , Dar al fikr al jamiee, 2004
5- Farooq Hassan: e-mail, Cairo, Egyptian book association 1999
6- Ibahim Ali al Jaaalee, GAT and WTO- impacts on UAEK Abdu Dhabik study department publiciation, the court of his royal Highness crown prince
7- Huda hamid Ghashghoosh: criminal protection of e-commerce, cairo Dar al Nahda al Arabia, 2000
8- Abdul fatah Bauoomi Hijazi: e- signature in

3- Agreement to follow the procedures stipulated into a certain local law

4- The arbitration parties may agree to follow the procedures stipulated in the standing arbitration center regulation.

However the difficulty appears when parties do not explicitly select the applicable law for the arbitration agreement. Here the comparative law, jurisprudence, and arbitration center regulation are disagreeing about the traditional arbitration where there is a trend to subjugate the matter to the law of the arbitration seat, i.e. the law of the country in which the agreement for conducting the arbitration is made. This trend has been supported by New York agreement for the 1958 regarding the acknowledgement and implementation of the foreign arbitrators ruling, and also Geneva convention for the 1961, but there is another trend inclining to give the arbitration paned the authority to specify the procedure required to be applied to the arbitration litigants.

4- Observe conventional laws during the legal dispute in the e- contracts

5- Apply model contract regulation an act accordingly

To attend to e- contracting disputes, there exists the Electronic arbitration, which is defined by law experts as " an agreement according to which both parties undertake to settle arising or potential disputes between them through international arbitration, if the disputes are related to the international trade interests.

There are many options available for litigants upon selection of the arbitration procedures including:

1- the litigants undertake themselves to set up arbitration procedures, in such case it is called the floating arbitration and means :" the arbitration in which parties are released from all national rules, only the will of parties formulates the procedural rules to govern the progress of the dispute in a detailed way.

2- Litigants agree to leave this task to the arbitration panel on their behalf.

the traditional official editor in the verification process such as issuance of the official editor by a public (general) employee or a person tasked with a public service, and that the Issuance of the official editor by a public employee within his jurisdiction and local specialty and quality.

There also conditions established by the international project to accept the electronic editor in verification procedure which are different from the acceptance of the traditional official electronic editor including the presence of electronic sign or electronic signature, the presence of a sign bearing the electronic writing, verification of the legal dealing with certain conditions and last the editing procedure must be carried out by a specialized public employee according to the procedures stipulated by the law.

In order to specify the law to be applied to the electronic dealings, it is necessary to abide by the following steps

1- Specify the legal problem, aspects and essence

2- Apply electronic law to such a dealing or the legal problem

3- Unify legal regulation selection so as to avoid disputes

Following the information, conditions, advantages, disadvantages and element of the E- contracting is it necessary to identify the electronic signature which isd “what has been placed in the electronic editor through special code, numbers, letters, signs etc which as a unique character allowing to specify the site identity.

To verify the e- contracts and settle disputes , the law experts have established a number of conditions to prove the means of the e- contracting, thus among the conditions to consider the fax message as a verification is that the message must contain clearly the number of the sending fax, the country code number, the signature of the sending party.

Also the international project has set forth regulation organizing the writings coming through medium other than papers such as papers coming through fax machines or telex, considering them as a verification the same as the paper documents based on Rome 1958 agreement on the recognition and implementation of the foreign arbitration ruling, New York agreement, 1972 regarding the prescription of international good sales, and the United Nations agreement 1980 regarding the international goods transport

There are conditions set forth by law experts for accepting

1- They are not used for direct purchase procedure, as they are used only for internet purchase or marketing purposes.

2- They have relatively small purchasing value so as to reduce the risks for the bearer.

3- There are some internet sites, which provide similar card service called the prepaid personal account system.

In order to accept payment for goods or services by credit cards, the trader needs to open a bank commercial account and the availability of secured payment outlets.

The trader also utilizes some insurance systems which do not relate to the coding system which includes two- stage Purchase request, and the Part method

The purchaser, in e- contracting, receives electronic money from the bank in small denominations. The electronic money has two images, one is of unknown source, while the second is the electronic Money of small value such as the cents, Halalah, and piaster.

There are two ways for delivery in the e- contracts, the first is the declared commitment to deliver the goods, and the other is the declared commitment to provide the service.

In the e- contracts, the delivery expenses shall be settled by the seller except otherwise agreed, while the purchaser shoulders the taxes and customs.

In case the seller fails to deliver in any way of the e-contracts, the purchaser may request revoking the sale together with compensation for the damage incurred due to non-delivery, shortage in delivery or the delivery at time later than the date agreed. Moreover, he may ask the seller to execute in kind through a lawsuit against the purchaser if he fails to pay the price of the purchased item in the e- contracts in cash through any electronic methods such as electronic cheques, electronic bills and magnetic payment cards

There are many electronic cards are used for payment of the electronic sold items such as Bank payment card, Cheque card, Automatic withdrawal Card, Smart card and Internet card (master card- visa card) and other means of payment in the e - Commerce.

Internet cards have the following advantages:

viewing, the council begins at the time when the approval is issues and continues until the end of the conversation.

There is a substantial difference between the acceptance through the e-mail and the acceptance through the push of the approval button or through conversation and visual methods as it is an instant (momentarily) communication, contrary to the acceptance through the e-mail for there is instant communication because the computer of the positive (source) party might be shut down during the sending of the approval message or there may a network breakdown hindering the arrival of the approval eliminating the instant contact.

The e- contracting is between parties who are present in time but absent in place except in the contracting which does not o occur through instant communication where both parties are absent in time and in place.

The electronic delivery is achieved when the seller leaves the sold goods or service at the disposal of the purchaser where the latter can made use of it unhindered, and the seller shall refrain from any act which will jeopardize the transfer of right and shall deliver the sold item at the specified time and place.

which is that acceptance is made from distance in e-contracts, it is made through an electronic medium and that it is usually and of international character with the proliferation of its mediums and outlets the world over.

The lesson in determining whether the e- contract has been concluded or not is to look into the content of its attached message of terms and conditions. If the conditions are secondary such as the condition of the place of delivery or method of payment, the contract is concluded, unless the two parties have stipulated that the contract can only be concluded upon the agreement on the secondary issues.

The electronic legislator has organized the period of the e- contract council period if the contract is made through an e-mail, if the contract is made through direct correspondence between the two parties- i.e. instant (momentarily) communication- the contract council begins as of the time when the approval is issued and the start of the negotiations and continues until the departure of any or both parties from the site. While the contracting through the Web, whether the contacting has been through the push of the approval button or through downloading, the council begins as of the time when the entry of the party intending to enter in the contract, into the site and continues until the departure of the counterpart from the site. In case the contracting in made through conversation or

6- The e- contract can be distinguished from the traditional that it can be concluded and executed through the internet without the need for any outside physical existence.

7- The e- contract is coupled with the right to change one's mind since the contract conclusion can only made through approval and acceptance.

While elaborating the e- contracting elements, it is necessary to identify the e- contracting spirit, which is "an expression of the will of the one intends to enter into distance contracting, which can only be done through the internet by means of a video audio method and includes all elements necessary to conclude the contract so the addressee can directly accept the contracting".

While on the topic of the e- contracting advantages, it can be said that there are many characteristics most prominent of which is the electronic acceptance is " an expression of the will of the other party who has received the approval released to inform the source (positive) of his acceptance of the approval".

Also among these features of the e- contracting foremost of

the contract convening council, for the traditional contracting method has basic elements which must be fulfilled contrary to the e- contracting which does not require such basic elements among its conditions.

Also there are other features of the e- contracting in addition to the previous ones which include the following:

1- the e- contract is made without physical presence of the contracting parties.

2- Electronic means are used to conclude the e- contract, which is an important confidentiality merits of the e- contracting, yet it is the basis of this contract to be concluded through the internet.

3- The e- contract is basically of a consumer commercial character.

4- The e- contract is of an international character.

5- In terms of settlement, the electronic methods of payment has replaced the usual banknotes.

movement through fast communication networks and the reduced purchase expenses such as travel, and accommodation... etc

However e- contracting as the traditional contracting has it own negative aspects, the most significant of which are the cases of aggravation, deception or fraud befallen the purchaser as the goods can't be viewed at the time of the contracting, only when the delivery is made, i.e. after the acceptance and payment of the purchased item price.

Moreover there are some features charactering the e-contracting including non existence of direct relationship between the two contracting parties, the presence of an electronic medium and the swiftness of concluding business.

The law experts have established two theories to explain the new e- contracting status, the first theory recognizes the existence of the contract convening council however only its image has been changed. It is made through new electronic communication network, thus such network is considered as the contract convening council. While the second theory recognizes that the modern e- contracting which takes place through the internet has no what is referred to as

increasing progressing growth in the volume of the international e- contract. Such remarkable growth has emerged in France and the United States of America whether through individuals or organizations and companies.

Due to the importance of the e - Commerce on the international and local level, a number of treaties and regulation have been issued in this regard. The most important of which are the modular law of e - Commerce, issued by the United Nations in 1996, the European council directive No. 31 for the year 2000 issued in August 8, 2000, the e - Commerce Law in Singapore in 1998, the e - Commerce law of the Republic of Ireland issued in 2001, French law of information technology and electronic signature in 2000 and the Tunisian electronic exchange law in the year 2000.

Due to this progressive development a number of of the e- contract methods surfaced, for example the Menatel system, Telex and Fax, Pager, Videophone and television, and lately The Internet .

It can be said that there are many reasons for the increasing movement of the e - Commerce movement, foremost of which is the easiness of the sale

13- Draw safe roads for payment means of sold items to limit the risk of robbing the purchaser money during the procedure for delivering the price.

14- Establish a quick mechanism to attend to the issue of viewing the sold item through sending a sample or a Catalogue of the original goods or merchandise

15- Establish a deterrent system to eradicate deception, fraud and swindling.

Summary of the "E- Contracts" research

The e- contracting is the most advanced commitment methods which began since 1947 through available mediums at that time. It progressed steadily until it reached its zenith with emergence of the Internet toward the end of the last century.

The e- contract is an agreement made wholly or in part through electronic mediums. The electronic medium is an electrical, magnetic, light or electromagnetic ways or any other similar means suitable for exchange of information between the contractors

According to statistics and estimations, there is an

relevant contracting parties can prove their rights and obligations through established rules.

7- State the essence of the electronic editor and the electronic signature very accurately to facilitate the argument for verification.

8- The necessity to unify selection of the legal rules for select the law to be applied to disputes resulting from electronic dealings through relevant international organizations.

9- Expand establishment of centers specialized in electronic arbitration issues and to train judges on such emerging type of arbitration.

10- Make use of the traditional commercial arbitration to enrich electronic arbitration.

11- Strive to activate role of tradition and conduct rules to settle problems resulting from e- contracting.

12- The necessity to make use of the civil technical rules with the purpose of controlling e- contracting elements, conditions and invalidation.

The researcher has reached the following recommendation:

1- The necessity to establish international unified regulation or e- contracts due to the globalization of the means to conclude contracts such as the "internet".

2- It is necessary to hold annual conferences on the expansion of the e- contracting culture in each country or geographical area to enlighten dealers on such types of contracts.

3- The necessity to establish an official international agency to issue regulation to organize the implementation of the e- contracting rules, and settle disputes through judicial or arbitration institutions to be formed for this purpose.

4- Issue leaflets and booklets about the e- contracting and how to be published through conventional or visual media.

5- Eliminate electronic piracy by apply deterrent punishments.

6- The need to maintain feasible verification means for electronic contacts so as that the

employee according to the procedures stipulated by the law.

35- Following are the procedures to followed in order to specify the law to be applied to the electronic dealings:

a- Specify the legal problem

b- Apply electronic law to such a dealing or the legal problem

c- Unify legal regulation selection

d- Observe conventional laws during the legal dispute in the e- contracts

e- Apply model contract regulation

36- Electronic arbitration: "an agreement according to which both parties undertake to settle arising or potential disputes between them through international arbitration, if the disputes are related to the international trade interests.

Second: Recommendations

33- Following are conditions for accepting the traditional official editor in the verification process:

a- issuance of the official editor by a public employee or a person responsible for public service.

b- Issuance of the official editor by a public employee within his local jurisdiction and specialty.

34- Following are conditions to accept the electronic editor in verification procedure which are different from the acceptance of the traditional official electronic editor:

a- presence of electronic sign or electronic signature

b- presence of a sign bearing the electronic writing

c- verification of the legal dealing with certain conditions

d- the editing procedure must be carried out by a specialized public

31- There are certain conditions to consider the fax message as a verification including:

a- The message must contain clearly the number of the sending fax.

b- The message must contain the signature of the sending party.

32- The international project has established regulation organizing the writings coming through medium other than papers such as papers coming through fax machines or telex, considering them as a verification the same as the paper documents based on the following agreements:

a- Rome 1958 agreement on the recognition and implementation of the foreign arbitration ruling.

b- New York agreement, 1972 regarding the prescription of international good sales

c- United Nations agreement 1980 regarding the international goods transport

27- The trader utilizes some insurance systems which do not relate to the coding system:

a- two- stage Purchase request

b- Part method

28- The purchaser, in e- contracting, receives electronic money from the bank in small denominations. The electronic money has two aspects:

a- Money of unknown source

b- Electronic Money of small value (cents, Halalas, piaster)

29- Electronic signature: "what has been placed in the electronic editor through special code, numbers, letters, signs etc which stand as a unique character allowing specifying the site identity.

30- It is the most significant means of verification in e- contracts and electronic signature.

c- Automatic withdrawal Card

d- Smart card

e- Internet card (master card- visa card)

25- Internet cards have the following advantages:

a- They are not used for direct purchase procedure, as they are used only for internet purchase or marketing purposes.

b- They have relatively small purchasing value so as to reduce the risks for the bearer.

c- Some internet sites provide similar card serivce called the prepaid personal account system.

26- To accept payment for goods or services by credit cards, the trader needs the following:

First: to open a bank commercial account
Second: provision of secure payment outlets.

21- In the e- contracts, the delivery expenses shall be paid by the seller except agreed otherwise, while the purchaser shoulders the taxes and customs.

22- In case the seller fails to deliver in any way of the e- contracts, the purchaser may request revoking the sale together with compensation for the damage incurred due to non-delivery, shortage in delivery or the delivery at time later than the date agreed. Moreover, he may ask the seller to execute in kind.

23- The settlement of the goods value in the e- contracts is in cash through any electronic methods such as electronic cheques, electronic bills and magnetic payment cards

24- There are many electronic cards are used for payment of the electronic sold items including the following:

a- Bank payment card

b- Cheque card

positive (source) party might be shut down during the sending of the approval message or there may a network breakdown hindering the arrival of the approval eliminating the instant contact.

18- The e- contracting is between parties who are present in time but absent in place except in the contracting which does not o occur through instant communication where both parties are absent in time and in place.

19- The electronic delivery is achieved when the seller leaves the sold goods or service at the disposal of the purchaser where the latter can made use of it unhindered, and the seller shall refrain from any act which will jeopardize the transfer of right and shall deliver the sold item at the specified time and place.

20- There are two ways for delivery in the e-contracts as follows:

a- The declared commitment to deliver the goods

b- The declared commitment to provide the service.

and the start of the negotiations and continues until the departure of any or both parties from the site.

b- For e- contracting through the Web. Whether the contacting has been through the push of the approval button or through downloading, the council begins as of the time when the entry of the party intending to enter in the contract, into the site and continues until the departure of the counterpart from the site.

c- In case the contracting in made through conversation or viewing, the council begins at the time when the approval is issues and continues until the end of the conversation.

17- There is a substantial difference between the acceptance through the e-mail and the acceptance through the push of the approval button, or through conversation and visual methods as it is an instant (momentarily) communication, contrary to the acceptance through the e-mail for there is instant communication because the computer of the

14- The electronic acceptance is "an expression of the will of the other party who has received the approval released to inform the source (positive) of his acceptance of the approval".

15- The lesson in determining whether the e-contract has been concluded or not is to look into the content of its attached message of terms and conditions. If the conditions are secondary such as the condition of the place of delivery or method of payment, the contract is concluded, unless the two parties have stipulated that the contract can only be concluded upon the agreement on the secondary issues.

16- The period of the e- contract council is specified according to contract concluding method as follows:

a- For the contracting made through an e-mail, if the contract is made through direct correspondence between the two parties- i.e. instant (momentarily) communication- the contract council begins as of the time when the approval is issued

physical existence.

h- The e- contract is coupled with the right to change one's mind since the contract conclusion can only made through approval and acceptance.

12- The electronic approval "is an expression of the will of the one intends to enter into distance contracting which can only be done through the internet by means of a video audio method and includes all elements necessary to conclude the contract so the addressee can directly accept the contracting".

13- The electronic approval is characterized by the following:

a- is made from distance in e-contracts

b- is made through an electronic medium

c- Electronic approval is usually an international one.

b- Electronic means are used to conclude the e- contract, which is an important confidentiality merits of the electronic contracting, yet it is the basis of this contract to be concluded through the internet.

c- The e- contract is basically of a consumer commercial character.

d- The e- contract is of an international character.

e- In terms of settlement, the electronic method of payment has replaced the usual banknotes.

f- In terms of proof, the paper element embodies the physical existence of the traditional contract; however, the e- contract is proven through the electronic document and signature.

g- The execution of the e- contract differs from the traditional contract in the fact it can be concluded and executed through the internet without the need for any outside

10- There are two theories to explain the new e- contracting status:

First: a theory recognizes the existence of the contract convening council however only its image has been changed. It is made through new electronic communication network, thus such network is considered as the contract convening council.

Second: A theory recognizes that the modern e-contracting which takes place through the internet has no what is referred to as the contract convening council, for the traditional contracting method has basic elements that must be fulfilled contrary to the e- contracting which does not require such basic elements among its conditions.

11- The e- contracting has the following advantages over the traditional type of contracting:

a- the e- contract is made without physical presence of the contracting parties.

d- Videophone and television

e- The Internet

7- One of the major causes for the increase in the e - Commerce movement, the easiness of the sale movement through fast communication networks and the reduced purchase expenses such as travel, and accommodation etc

8- However there are negative aspects of the e - Commerce or the modern communication means, the most significant of which are the cases of aggravation, deception or fraud befallen the purchaser as the goods can't be viewed at the time of the contracting, only when the delivery is made, i.e. after the acceptance and payment of the purchased item price.

9- The e- contract has the following features:

a- Absence of direct relationship between the two parties

b- There is an electronic medium

c- Fast work achievement

treaties and regulation have been issued in this regard such as:

a- Modular law of e - Commerce, issued by the United Nations in 1996.

b- European council directive No. 31 for the year 2000 issued in August 8, 2000.

c- e - Commerce Law in Singapore in 1998.

d- French law of information technology and electronic signature in 2000.

e- Tunisian electronic exchange law in the year 2000.

6- There are number of e- contracting methods as follows:

a- Menatel system

b- Telex and Fax

c- Pager

emergence of the Internet toward the end of the last century.

3- According to statistics and estimations, the volume of the international e- contract is rapidly increasing, for instance in France one report showed that the French projects use the Internet reached 24% in 1997 against 14% in 1996. The report also suggest that this ratio will be doubled to reach 48% in 1998.

While in the United States of America, the sales volume in 1996 reached 518 million dollars against 50 million francs in France on the same year. It has been expected that the internet contracts will reach 6579 million dollars in the United States of America and 9 billion francs in France in the year 2001.

4- According to the statistics, the e- Commerce movement is continuously increasing, for the year 2000, especially at the beginning of it, a surplus of 275 million dollars was achieved. This surplus or profit reached (100) billion dollars for individuals and (100) billion dollars for organizations in the year 2003.

5- Due to the importance of the e - Commerce on the international and local level, a number of

Conclusion

Thank to Allah for concluding this research. However I have encountered many difficulties and obstacles foremost of which was the search for Arabic and foreign sources, so after an exhausting and strenuous search in the corridors of Arab and non- Arabic public and private libraries I managed to get to the appropriate collection of sources, laws and regulation of famous international, civil, and commercial law scientists. To them, I hereby extend my sincere gratitude and appreciation.

At the conclusion of the research, researcher has formulated a number of outcomes and recommendations, presented as follows:

First: The Results:

1- The e-contract is an agreement made wholly or in part through electronic mediums. The electronic medium is an electrical, magnetic, photo or electromagnetic ways or any other similar means suitable for exchange of information between the contractors.

2- The e-contracting began since 1947 through available mediums at that time. It progressed steadily until it reached its zenith with the

UNITED KINGDOM
AMERICAN UNIVERSITY OF LONDON
FACULTY OF LAW
HIGHER STUDIES

ELCTRONIC CONTRACT

A PhD. THESIS of LAW

MAJOR: INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

Prepared by

MAJED MOHAMMED SULAIMAN ABALKHAIL

Supervised by

Dr. Abulilah Ahmed Ali